Danilo Marques Borges

Curso de Processo Penal

DIALÉTICA
EDITORA

Curso de
Processo Penal

CONSELHO EDITORIAL



DIALÉTICA
EDITORA

Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Claudia Lambach
Cristiane Wosniak
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Fabíola Paes de Almeida Tarapanoff
Fernando Andacht
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Gláucia Davino
Hernando Urrutia
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
Jorge Manuel Neves Carrega
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Luiz Gustavo Vilela
Manuela Penafria
Marcelo Campos Galuppo
Marco Aurélio Nascimento Amado
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Mauro Alejandro Baptista y Vedia Sarubbo
Milena de Cássia Rocha
Mirian Tavares
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Raphael Silva Rodrigues
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Susana Costa
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

Danilo Marques Borges

Curso de **Processo Penal**

DIALÉTICA
EDITORA

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Copyright © 2025 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2025 by Danilo Marques Borges.

DIALÉTICA
EDITORA

/editoradialetica
@editoradialetica
www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores
Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Tiago Aroeira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Coordenadora Editorial
Kariny Martins

Produtora Editorial
Júlia Noffs

Controle de Qualidade
Maria Laura Rosa

Capa
Bruno Silva

Diagramação
Bruno Silva

Preparação de Texto
Miguel Sanches

Revisão
Responsabilidade do autor

Auxiliar de Bibliotecária
Laís Silva Cordeiro

Assistentes Editoriais
Agatha Tomassoni Santos
Ludmila Azevedo Pena

Estagiários
Beatriz Mattos
Rayane de Souza Tavares



Conversão para ePub: Cumbuca Studio

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B732c Borges, Danilo Marques.
Curso de Processo Penal [livro eletrônico] / Danilo Marques Borges. – São Paulo : Editora Dialética, 2025.
2000 Kb ; ePUB.

Bibliografia.
ISBN 978-65-270-5703-1

1. Processo Penal Brasileiro. 2. Direito Processual Penal. 3. Justiça Criminal. I. Título.

CDD-345.05

Mariana Brandão Silva - Bibliotecária - CRB -1/3150

APRESENTAÇÃO

A compreensão do Direito Processual Penal é essencial para acadêmicos e profissionais da área jurídica. Este livro, “Curso de Direito Processual Penal Brasileiro”, oferece uma contribuição valiosa e atual ao estudo do processo penal no Brasil, abordando de maneira abrangente e detalhada os principais aspectos deste campo do direito.

Dividido em capítulos que cobrem desde os conceitos básicos até as nuances mais complexas do Direito Processual Penal, esta obra proporciona uma visão clara e didática sobre os procedimentos, princípios e práticas que regem a persecução penal. O livro é estruturado de maneira lógica e pedagógica, iniciando com uma introdução ao conceito de Direito Processual Penal e sua importância dentro do sistema jurídico.

Os capítulos iniciais dedicados ao conceito e à história do processo penal proporcionam uma visão rica e detalhada sobre a evolução histórica do processo penal, tanto globalmente quanto no Brasil. Essa abordagem histórica é essencial para entender as bases e transformações que moldaram o atual sistema processual penal brasileiro.

Em seguida, a obra explora os diversos sistemas processuais penais, como o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto, oferecendo uma análise comparativa que enriquece o entendimento do leitor sobre os diferentes modelos existentes e suas aplicações práticas, notadamente diante do conflito entre

disposições constitucionais – de base acusatória – e a *práxis* forense que ainda emana o ranço do sistema inquisitivo.

Os princípios do processo penal são minuciosamente abordados, destacando pilares essenciais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Cada princípio é analisado com profundidade, proporcionando uma compreensão completa de sua aplicação prática no contexto jurídico.

Além disso, o livro examina as fontes do processo penal, a interpretação da lei processual penal, e a eficácia das normas processuais no tempo e no espaço. A fase de investigação e o inquérito policial são temas tratados com rigor, oferecendo ao leitor uma visão detalhada sobre as funções, características e procedimentos do inquérito policial.

Os sujeitos processuais, incluindo o juiz, o Ministério Público, o acusado e o defensor, são discutidos em detalhes, assim como a ação penal e suas diversas classificações. A obra também aborda a jurisdição e competência, os atos processuais, a prova no processo penal e os tipos de medidas cautelares e prisões, sempre com uma abordagem didática e prática.

Capítulos dedicados ao habeas corpus, nulidades processuais, prazos processuais, questões e processos incidentes, medidas assecuratórias e recursos complementam o livro, tornando-o uma fonte de consulta abrangente e indispensável para estudantes, acadêmicos, advogados e operadores do Direito.

Um dos destaques desta obra é a inclusão de entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Tais são essenciais para entender como os tribunais superiores interpretam e aplicam as normas processuais

penais, oferecendo ao leitor uma perspectiva prática e atualizada do Direito Processual Penal.

"Curso de Processo Penal" é uma obra que combina teoria e prática, proporcionando uma compreensão completa e aprofundada do Direito Processual Penal. Com uma linguagem clara e acessível, este livro não só explica a teoria, mas também oferece exemplos práticos e análises de casos que ilustram a aplicação dos conceitos abordados.

Esperamos que esta obra sirva como um guia completo e uma fonte de consulta constante para todos aqueles que se dedicam ao estudo e à prática do Direito Processual Penal no Brasil. Que ela possa contribuir para a formação de um sistema de justiça mais justo, eficiente e respeitador dos direitos e garantias fundamentais.

Sumário

1 INTRODUÇÃO

2 CONCEITO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 O processo penal democrático
2.1.1 Conceitos basilares para a compreensão do tema
2.1.1.1 Jurisdição
2.1.1.2 Ação
2.1.1.3 Processo e Procedimento
2.1.1.4 Atos Processuais
2.1.1.5 Relação Jurídica Processual
2.1.1.6 Escopo do Processo Penal
2.2 História do Processo Penal
2.2.1 Evolução histórica do processo penal: das origens aos dias atuais
2.2.2 Evolução Histórica do Processo Penal no Brasil
2.2.2.1 Período Colonial
2.2.2.2 Brasil Império
2.2.2.3 Brasil República
2.2.3 Principais marcos e transformações no processo penal ao longo do tempo

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

3.1 O sistema acusatório
3.2 Sistema Inquisitório
3.3 Sistema misto ou inquisitivo garantista
3.3 Sistema adotado pelo Brasil

4 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana
4.2 Princípio do Devido Processo Legal
4.2.1 Princípio do Contraditório
4.2.2 Princípio da Ampla Defesa
4.3 Princípio da Presunção de Inocência
4.4 Princípio do Juiz Natural
4.5 Princípio da Publicidade
4.6 Princípio da Legalidade
4.7 Princípio Acusatório e da Iniciativa das Partes
4.8 Princípio da Imparcialidade do Juiz

4.9 Princípio da Identidade Física do Juiz
4.10 Princípio da Motivação
4.11 Princípio da Oficialidade
4.12 Princípio do impulso oficial
4.13 Princípio da Celeridade e Economia Processual
4.14 Princípios da indeclinabilidade da jurisdição e da correlação
4.15 Princípio do Promotor Natural
4.16 Princípios da obrigatoriedade, indisponibilidade, oportunidade ou conveniência e disponibilidade
4.17 Princípio da Verdade Real/Processual

5 FONTES DO PROCESSO PENAL

5.1 Fontes materiais, de produção ou substanciais
5.2 Fontes formais do processo penal
5.2.1 Fontes formais imediatas, diretas ou primárias
5.2.1.1 A Constituição Federal
5.2.1.2 As Leis
5.2.1.3 Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos
5.2.2 Fontes formais mediatas, indiretas ou secundárias
5.2.2.1 Jurisprudência
5.2.2.2 Princípios
5.2.2.3 Costumes
5.2.2.4 Atos Administrativos
5.2.2.5 Indultos presidenciais

6 INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

6.1 Contexto da Atividade Interpretativa
6.2 Finalidades da Interpretação
6.3 Critérios de interpretação aplicados ao direito processual penal
6.4 Classificação da Interpretação Quanto ao Resultado
6.5 Interpretação Analógica
6.6 Integração da Lei Processual Penal: Analogia
6.7 Princípios Gerais do Direito

7 A LEI PROCESSUAL NO TEMPO E NO ESPAÇO

7.1 Eficácia da norma processual penal no tempo
7.1.1 Análise da retroatividade e irretroatividade da lei processual penal
7.2 Eficácia da norma processual penal no espaço
7.3 A Lei Processual Penal em Relação às Pessoas: Imunidade Processual

8 DA FASE DE INVESTIGAÇÃO E DO INQUÉRITO POLICIAL

8.1 Investigações Preliminares Distintas do Inquérito Policial

8.3 Fundamento de Existência e Natureza Jurídica do Inquérito Policial
8.3.1 Funções preparatórias e preservadora do Inquérito Policial
8.3.2 Características do IP
8.3.3 Finalidade e Destinatários do IP
8.3.4 Instauração e Procedimento do IP
8.3.5 Indiciamento
8.3.5 Prazo do IP
8.3.5 Encerramento do IP
8.4 O Acordo de Não Persecução Penal

9 SUJEITOS PROCESSUAIS

9.1 Sujeitos processuais
9.1.1 Juiz
9.1.2 Ministério Público
9.1.3 Acusado
9.1.4 Defensor
9.1.5 Assistente
9.1.6 Órgãos Auxiliares da Justiça
9.1.7 Peritos, Intérpretes

10 AÇÃO PENAL

10.1 Fundamento
10.2 Conceito e natureza jurídica e legitimidade da ação penal
10.2.1 Condições da Ação
10.3 Classificação das ações penais
10.3.1 Ação penal pública
10.3.1.1 Princípios da Ação Penal Pública
10.3.2 Ação penal privada
10.4 Representação da vítima
10.5 Renúncia ao direito de representação ou de queixa
10.6 Decadência do direito de queixa
10.7 Início da ação penal
10.8 Desistência da ação penal
10.9 Perdão do ofendido
10.10 Perempção
10.11 Extinção e suspensão da ação penal
10.11 Ação Civil Ex Delito

11 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

11.1 Jurisdição: conceito
11.1.1 Princípios da Jurisdição
11.2 Tipos de Jurisdição

11.4 Elementos da Jurisdição
11.4 Competência: conceito
11.5 Competência absoluta e relativa
11.6 Fixação de Competência
11.6.1 Competência em razão da infração (em razão da matéria, art. 74, CPP)
11.6.2 Súmulas Aplicáveis à Competência em Razão da Infração
11.7 Prorrogação de Competência
11.8.1 Foro Prevalente

12 ATOS PROCESSUAIS E COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

12.1 Dos Atos Processuais
12.1.2 Prazos
12.1.4 Classificação das Decisões
12.1.5 Requisitos da Sentença
12.2 Comunicação dos Atos Processuais

13 PROVA NO PROCESSO PENAL

13.1 Conceito, Sistemas de Apreciação e Princípios
13.1.1 Conceitos e sentido da prova
13.1.1.1 Finalidade e Objeto da Prova
13.1.1.2 Fatos que não necessitam ser ou, não são, objeto de prova
13.2 Sistemas de Apreciação da Prova
13.2.1 Sistema da íntima convicção do magistrado (secunda conscientia)
13.2.2 Sistema da prova tarifada
13.2.3 Sistema do livre convencimento motivado
13.3 Ônus da Prova
13.4 Princípios Norteadores da Atividade Probatória
13.5 Tipos de Provas
13.5.1 Classificação das Provas
13.5.1.1 Prova Emprestada
13.5.1.2 Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas
13.5.1.3 Provas Ilícitas
13.6 Produção Probatória
13.6.1 Produção Antecipada de Provas
13.5.2 Atividade probatória do juiz
13.7 Admissibilidade e Valoração da Prova
13.8 Procedimentos Probatórios Específicos e Cadeia de Custódia

14 DA PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES E LIBERDADE

14.1 Conceitos
14.1.1 Características das medidas cautelares
14.1.2 Requisitos Genéricos das Medidas Cautelares

14.1.3 Requisitos específicos das medidas cautelares
14.2 Princípios aplicáveis às prisões e medidas cautelares
14.3 Tipos de medidas cautelares
14.4 Procedimento das medidas cautelares e sua consequente decretação
14.5 Prisões: conceitos e modalidades
14.5.1 Prisão e Inviolabilidade de Domicílio
14.5.2 Prisão Especial
14.5.3 Prisão em Flagrante
14.5.4 Regras especiais
14.5.4.1 Formalidades da prisão em flagrante
14.5.4.2 Audiência de Custódia
14.5.4.1 Relaxamento da Prisão Ilegal
14.5.4.2 Conversão da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva
14.5.4.3 Liberdade Provisória com ou sem fiança
14.5.4.4 Da fiança
14.6 Prisão Preventiva
14.7 Prisão Temporária
14.8 Prisão Domiciliar
14.9 Do Mandado de Prisão

15 HABEAS CORPUS

15.1. Noções Gerais e Características do HC
15.1.1 Natureza jurídica
15.1.2 Cognição Limitada
15.2. Breve Histórico do HC
15.3. Espécies
15.4 Cabimento e Hipóteses de Impetração
16.4.1 Coação Ilegal
15.4.2 Terminologia
15.5. Procedimento e Competência
15.5.1 Legitimidade Ativa e Passiva
15.5.2 Tramitação da HC na primeira instância
15.5.3 Tramitação do HC na segunda instância
15.6 Limites e Efeitos da Concessão de Habeas Corpus
15.7 Habeas Corpus Sucessivos
16.8 Petição Inicial da Ação de HC
16.9 Recursos das decisões proferidas em HC

16 DOS PROCEDIMENTOS EM ESPÉCIE

16.1 Processo: Noções Gerais e Conceito
16.1.1 Natureza Jurídica do Processo
16.1.2 Pressupostos processuais

16.2 Diferença entre processo e procedimento
16.2.1 Tipos de Procedimentos
16.3 Procedimento Comum Ordinário
16.3.1 Do juiz das garantias e do juiz da instrução e julgamento: recebimento da denúncia ou queixa-crime
16.3.1.1 Do recebimento da denúncia ou queixa-crime
16.3.2 Resposta à acusação
16.3.2.1 Absolvição sumária
16.3.3 Identidade física do juiz
16.3.4 Audiência de instrução, debates e julgamento
16.3.4 Sentença
16.4 Procedimento Comum Sumário
16.5 Procedimento Comum Sumaríssimo
16.6 Procedimentos Especiais no CPP
16.6.1 Procedimento dos crimes contra a honra
16.6.2 Procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.
16.6.3 Procedimento dos crimes cometidos contra a propriedade imaterial
16.6.4 Processo de restauração dos autos extraviados ou destruídos
16.6.5 Procedimento Especial do Tribunal do Júri
16.6.5.1 Primeira fase do Tribunal do Júri: Judicium accusationis ou juízo de acusação
a) Das decisões de pronúncia, impronúncia, desclassificação e absolvição sumária
16.6.5.2 Segunda fase do Tribunal do Júri: judicium causae ou juízo da causa
a) Da Preparação do Processo para Julgamento em Plenário
b) Do Alistamento dos Jurados
c) Do Desaforamento
d) Da Organização da Pauta
e) Do Sorteio e da Convocação dos Jurados
f) Da Função do Jurado
g) Da Composição do Tribunal do Júri e da Formação do Conselho de Sentença
h) Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri
i) Da Instrução em Plenário
j) Dos Debates
k) Do Questionário e sua Votação
l) Da sentença
m) Da Ata dos Trabalhos
n) Das Atribuições do Presidente do Tribunal do Júri
16.7 Procedimentos Especiais previstos na Legislação Extravagante
16.8 Das Sentenças
16.8.1 Classificação das Sentenças

16.8.1.1 Da Sentença Condenatória
16.8.1.1.1 Da Emendatio Libeli e da Mutatio Libeli
16.8.1.2 Da Sentença Declaratória
16.8.1.2.1 Da Sentença Absolutória
16.8.1.2.2 Da Sentença de extinção da punibilidade
16.8.1.3 Da Sentença Constitutiva
16.8.2 Dos Requisitos da Sentença
16.8.2.1 Da publicação e intimação da sentença
16.8.3 Dos Recursos Cabíveis
16.8.4 Da Coisa julgada
16.8.4.1 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

17 DAS NULIDADES

17.1 Conceito, Natureza Jurídica e Princípios Gerais
17.1.1 Princípios
17.1.2 Nulidade de algibeira
17.2 Nulidades em Espécie
17.3 Preclusão e Convalidação
17.4 Procedimentos para Arguição de Nulidade

18 DOS PRAZOS PROCESSUAIS

18.1 Natureza, características e duração dos prazos
18.1.1 Prazo processual penal e prazo penal
18.2 Início e forma de contagem
18.3 Decurso e vencimento dos prazos
18.3.1 Dos prazos dos juízes

19 QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES

19.1. Questões prejudiciais
19.1.2 Natureza das Questões Prejudiciais
19.1.3 Tipos de Questões Prejudiciais Heterogêneas:
19.1.4 Quanto ao grau de influência da questão prejudicial na questão prejudicada
19.1.5 Sistemas de Solução das Questões Prejudiciais
19.1.5 Recursos
19.2 Exceções
19.2.1 Conceito e espécies
19.3 Exceção de suspeição
19.4 Exceção de incompetência de juízo
19.5 Exceção de litispendência
19.6 Exceção de ilegitimidade de parte
19.7 Exceção de coisa julgada
19.8 Incompatibilidades e impedimentos

19.9 Conflito de jurisdição
19.9.1 Tipos de Conflito de Competência
19.10 Conflito de atribuições
19.11 Restituição de coisas apreendidas
19.11.1 Coisas irrestituíveis
19.11.2 Síntese do procedimento de restituição de coisas apreendidas
19.12 Medidas Assecuratórias de Natureza Patrimonial
19.12.1 Sequestro
19.12.1.2 Da Alienação Antecipada de Bens
12.12.2 Especialização de Hipoteca legal
12.2.3 Arresto
19.13 Incidente de falsidade
19.14 Incidente de insanidade mental do acusado

20 RECURSOS NO PROCESSO PENAL

20.1 Disposições gerais
20.1.2 Conceito, Natureza Jurídica e Fundamentos
20.1.3 Características dos Recursos
20.1.4 Dos Princípios
20.1.5 Recurso ex Officio ou Reexame Necessário
20.1.6 Pressupostos de Admissibilidade Recursal
20.2 Da Interposição do Recurso
20.2.1 Do Juízo de Admissibilidade Recursal
20.2.2 Efeitos dos Recursos
20.2.3 Deserção
20.3 Do recurso em sentido estrito
20.3.1 Hipóteses de Cabimento do Recurso em Sentido Estrito
20.3.2 Prazo e Interposição do RESE
20.3.3 Efeitos
20.3.4 Do Processamento do Recurso em Sentido Estrito
20.4 Da apelação
20.4.1 Das hipóteses de cabimento
20.4.2 Dos prazos e processamento da apelação
20.4.3 Dos efeitos da apelação
20.5 Do protesto por novo júri (revogado pela Lei 11.689/2008)
20.5 Dos embargos
20.5.1 Dos embargos infringentes e de nulidade
20.5.1.1 Cabimento e processamento
20.5.2 Dos embargos de declaração
20.5.2.1 Prazo e procedimento
20.6 Da revisão

20.6.1 Da natureza jurídica
20.6.2 Da legitimidade ativa e passiva
20.6.2 Da competência e do processamento
20.6.2 Dos efeitos
20.7 Do recurso extraordinário e especial
20.7.1 Do prequestionamento
20.7.2 Do processamento
20.8 Do recurso ordinário constitucional
20.9 Da carta testemunhável
20.10 Do agravo em execução

21 DA EXECUÇÃO PENAL

21.1 Disposições gerais
21.2 Das penas
21.2.1 Da pena de multa
21.2.2 Das penas privativas de liberdade
21.2.2.1 Da progressão de regime de cumprimento da pena
21.2.2.2 Das Autorizações de Saída
21.2.2.3 Do livramento condicional
21.2.3 Da suspensão condicional da pena (sursis)
21.3 Das penas restritivas de direito
21.4 Da medida de segurança

22 RELAÇÕES JURISDICIONAIS COM AUTORIDADES ESTRANGEIRAS

22.1 Disposições gerais
22.2 Das cartas rogatórias
22.3 Da homologação das sentenças estrangeiras

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal é uma disciplina essencial no campo jurídico, servindo como um instrumento fundamental para a aplicação da justiça penal. Este livro, "Curso de Direito Processual Penal Brasileiro", foi concebido para fornecer uma visão abrangente e detalhada sobre os principais aspectos do processo penal, combinando teoria e prática de maneira didática e acessível, especialmente para acadêmicos de direito e profissionais que buscam uma compreensão aprofundada da matéria.

O processo penal desempenha um papel crucial no Estado Democrático de Direito, funcionando tanto como uma ferramenta para o exercício do poder punitivo estatal quanto como um mecanismo de proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. O Direito Processual Penal é a parte do ordenamento jurídico público que reúne normas jurídicas destinadas à investigação e julgamento de fatos definidos como crimes pela lei penal. Ele atua como um mecanismo indispensável para a concretização dos objetivos do direito penal democrático, garantindo que a persecução penal seja realizada de maneira justa e eficiente.

Ao longo dos capítulos, o leitor encontrará uma análise detalhada sobre a evolução histórica do processo penal, tanto globalmente quanto no Brasil, permitindo uma compreensão contextualizada das bases e transformações que moldaram o sistema processual penal brasileiro atual. Esta perspectiva histórica é essencial para entender a estrutura e os fundamentos do processo penal.

Além disso, a obra aborda os diferentes sistemas processuais penais, a análise comparativa desses modelos enriquece a compreensão sobre suas particularidades e aplicações práticas, facilitando a análise crítica e a aplicação no contexto brasileiro. Especialmente após a alteração legislativa imposta pelo pacote anticrime que impôs expressamente o sistema acusatório como o norteador do processo penal brasileiro.

Os princípios fundamentais do processo penal, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, são examinados com profundidade nesta obra. Estes princípios não apenas orientam a interpretação das normas processuais, mas também garantem que o processo penal seja conduzido de forma justa e equitativa. Conforme destacado, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e no processo penal, ela se manifesta através da observância de todos os direitos e garantias fundamentais do acusado.

O livro também explora as fontes do processo penal, a interpretação da lei processual penal, e a eficácia das normas processuais no tempo e no espaço. A fase de investigação e o inquérito policial são tratados com rigor, oferecendo uma visão detalhada sobre suas funções, características e procedimentos. É enfatizado que o inquérito policial é uma peça informativa crucial que visa reunir elementos necessários para a propositura da ação penal.

Capítulos dedicados aos sujeitos processuais, à ação penal, à jurisdição e competência, aos atos processuais, à prova no processo penal e às medidas cautelares enriquecem o conteúdo, tornando a obra uma fonte de consulta indispensável.

A inclusão de orientações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) é um dos destaques, proporcionando ao leitor uma compreensão atualizada e prática da aplicação das normas processuais pelos tribunais superiores. A obra ressalta que a jurisprudência dos tribunais superiores desempenha um papel fundamental na interpretação e aplicação do direito processual penal, garantindo a uniformidade e a previsibilidade das decisões judiciais.

O "Curso de Direito Processual Penal Brasileiro" é uma obra que combina teoria e prática, oferecendo exemplos práticos e análises de casos que ilustram a aplicação dos conceitos abordados.

A obra contribui para a formação de um sistema de justiça mais justo, visto que será usado tanto pelo acadêmico, quanto pelo jurista em sua lida diária. Isso garante que o processo penal se torne, paulatinamente, eficiente e respeitador dos direitos e garantias fundamentais, assegurando que os direitos do acusado sejam plenamente respeitados durante todas as fases do processo penal.

Ambicionamos que esta obra se torne um guia completo e uma fonte de consulta valiosa para todos aqueles que se dedicam ao estudo e à prática do Direito Processual Penal no Brasil, promovendo um entendimento profundo e aplicado do processo penal e suas nuances.

2 CONCEITO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL

Uma vez que alguém comete, no mundo dos fatos, uma conduta tipificada como crime ou contravenção penal, surge para o Estado o poder-dever de punir, ou seja, nasce aquilo que o direito denomina de pretensão punitiva.

Com efeito, a pretensão punitiva estatal está positivada na legislação material (por exemplo, Código Penal, Lei de Drogas - Lei 11.343/2006, entre outras legislações esparsas), cujo fundamento normativo se revela em um direito fundamental, qual seja: princípio da legalidade, "não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine" (conf. art. 1º do CP e art. 5º, XXXIX, da CF/88).[1]

Todavia, o Estado não pode exercer esse poder-dever, sem que cumpra os limites impostos pelo próprio direito. Seguindo tal raciocínio, importante lembrar tema pertinente à teoria geral do processo.

Norberto Avena afirma que o poder de punir é inerente ao Estado, no entanto, tal poder não é absoluto, possui limitações do direito (do conjunto de normas que integram o ordenamento jurídico), o qual "limita e disciplina o poder do Estado, evitando a prática de atos arbitrários ou atentatórios às liberdades e garantias individuais consagradas no próprio texto da Constituição". É, portanto, a partir de tal premissa que surge o processo, trata-se de um instrumento imposto pelo direito, por meio do qual o Estado exerce o poder jurisdicional[2] (nesse caso, o Estado-juiz, o Poder Judiciário).

Edilson Mougenot Bonfim, recorda que "o exercício de um poder, [...], requer limitações. O poder pertence à sociedade, sendo conferido ao Estado para que atue em seu favor". Assim, o exercício de tal poder "deverá ser disciplinado, o que será feito por meio do direito"[3].

É exatamente como meio de limitar tal poder – já que exemplos de Estados tirânicos não faltam – que o poder foi dividido, conforme clássica teoria de Montesquieu, e é o direito quem dita os limites e as funções de cada divisão do poder (Poder Jurisdicional, Poder Legislativo e Poder Executivo).

Em síntese, o Estado como titular do poder jurisdicional, o qual é limitado pelo direito processual (no caso, direito processual penal), que institui o processo, se revelando em instrumento pelo qual o Estado exerce seu poder.

Segundo Frederico Marques, "o direito processual penal é o ramo da ciência jurídica que tem por conteúdo os princípios, institutos e normas concernentes à administração da justiça em matéria penal"[4].

De acordo com Denise N. Abade, o Direito Processual Penal é a parte do "ordenamento jurídico pertencente ao Direito Público que reúne o conjunto de normas jurídicas regentes da investigação e julgamento dos fatos preestabelecidos pela lei penal como delitos". É, destarte, instrumento para a concretização "do direito penal, de suas demandas e finalidades".[5]

Segundo Edilson Mougenot Bonfim, o DPP 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 a decorrente punição dos culpados.[6]

O Direito Processual Penal é a parte do ordenamento jurídico público que se apresenta em um conjunto de normas e princípios que regem os procedimentos de investigação, julgamento e administração da justiça em relação a fatos previamente estabelecidos como crimes pela lei penal. De fato, tal ramo do direito atua como um instrumento essencial para concretizar os objetivos do direito penal democrático, garantindo a persecução penal realizada pelo Poder Judiciário seja realizada respeitando os direitos e garantias fundamentais do réu, a fim de alcançar a punição dos culpados ou a absolvição dos inocentes, por meio do devido processo legal. Esse ramo do direito define as formas e modos do processo, assegurando a realização de um julgamento justo e apropriado para determinar a responsabilidade e aplicar as sanções adequadas no caso concreto.

2.1 O processo penal democrático

Ao longo da história, a aplicação de penas em âmbito criminal, foi marcada por abusos e injustiças, muitas vezes caracterizadas pela desproporcionalidade. Apesar de avanços democráticos que amenizaram a natureza das penas, especialmente em países ocidentais, as práticas abusivas não foram completamente erradicadas.

Esclarece Renato Marcão, que “é nesse cenário tempestuoso que as regras procedimentais surgem e lentamente se consolidam na história como valioso instrumento de contenção, em qualquer medida, dos mais variados tipos de excessos” constatados na “prática de dizer o direito aplicável em face de quem seja apontado como autor de delito, e em razão disso se torne passível de suportar os rituais que podem culminar com a imposição de pena criminal.”[7]

Para um sistema penal justo, é fundamental estabelecer regras claras sobre a investigação, aplicação e execução das penas. Sem tais normas, o Direito Penal torna-se uma fonte de injustiças e arbitrariedades cometidas pelos agentes estatais. As regras procedimentais emergem como ferramentas vitais para conter abusos na aplicação do direito. Estas devem respeitar a dignidade humana e estar alinhadas aos valores e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Trata-se, portanto, o processo penal, um meio de garantir ao Estado o exercício do *jus puniendi*, mas também e, principalmente, o processo é um instrumento de garantias. Destarte, "a função judiciária exerce-se por intermédio do processo. Ora, uma das características deste é a contenciosidade, quer dizer, o seu desdobramento dialético entre duas partes que, ocupando polos opostos, argumentam, provam e se contraditam", compondo com isto a decisão a ser exarada pelo juiz. "[...] O direito constitucional brasileiro preocupa-se, por um lado, em dar ao Judiciário condições para bem desempenhar a sua tarefa". Diante de tal imperativo, cuida de instituir a independência do Poder Judiciário "como instituição, dando a ele autodireção por seus órgãos superiores, estrutura administrativa própria, dotações orçamentárias particulares, etc. Isto aliás foi reforçado pela Constituição vigente."[8]

Diante de todas as transformações sociais, uso da tecnologia para a prática de crimes, a globalização da sociedade, é certo, portanto, que o sistema de justiça criminal está aberto às mudanças sociais e tenta acompanha-las. No entanto, ele se baseia em princípios fundamentais indissociáveis ao processo civilizatório: observação e efetivação da dignidade da pessoa humana, acesso incondicional à justiça, presunção de inocência, devido processo legal em suas

configurações formal e substancial, contraditório e ampla, direito à defesa técnica, dentre outros.

Ao dizer, como afirmado anteriormente, que o processo penal é um instrumento, não se deve entender, com isso, que o seja meio de aplicar a pena, em uma visão eficientista do processo penal, mas, como bem pondera Aury Lopes Jr. ao debater sobre o tema: "nossa noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário."[9]

o processo penal democrático se configura dentro, no interior do processo penal constitucional; o que exprime afirmar que a observação e o emprego das normas processuais penais decorrem da sua interpretação de acordo com as imposições. e limites estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

2.1.1 Conceitos basilares para a compreensão do tema

Os temas abaixo serão apresentados de forma introdutória, apenas a título de relembrar o leitor, daquilo que ele já estudou em teoria geral do processo.

2.1.1.1 Jurisdição

Jurisdição é o poder que o Estado-juiz possui para interpretar e aplicar o direito a situações concretas, visando resolver disputas e assegurar a integridade do sistema legal e o respeito à norma.

Bem assevera Renato Marcão que a palavra jurisdição vem do latim *juris dictio*, ou seja, dizer o direito. "Com a concretização da teoria idealizada por Aristóteles, segundo a qual as funções essenciais do Estado devem ser distribuídas entre órgãos distintos, independentes e harmônicos entre si", em seguida adaptada parcialmente por John Locke e disseminada "a partir da tripartição

elaborada por Montesquieu, a função de dizer o direito ou função jurisdicional cabe ao Poder Judiciário; é seu o poder-dever de dizer o direito aplicável na solução de uma controvérsia".[10]

A partir do momento em que o Estado atribui a si a competência de resolver os conflitos, por meio do monopólio da jurisdição, decorre daí o direito de ação. A partir desse momento, "aquele que desejar ver satisfeito um direito seu, lesado ou ameaçado de lesão, deverá apresentar sua pretensão em juízo, posto que não poderá buscar justiça pelas próprias mãos". É por esta razão a existência do art. 5º, XXXV, da Carta Magna, o qual assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.[11]

A fim de simplificar, portanto, imagine que a jurisdição é como o dever que o Estado tem de decidir se alguém cometeu algum ilícito. Agora, ao explicar sobre "jurisdição penal", especificamente há referência ao papel do Estado em decidir sobre crimes ou atos ilegais. E somente o Estado, por meio da função jurisdicional, exercida pelo Poder Judiciário pode exercer a jurisdição penal.

Desse pressuposto, surge a ideia de reserva de jurisdição:

> *A ideia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio nulla poena sine judicio.*[12]

Por jurisdição, segundo as lições de Avena, "compreende-se o poder atribuído com exclusividade ao Judiciário (em razão da independência e da imparcialidade de seus membros) para decidir um determinado litígio segundo as regras legais existentes". Ao delimitar a jurisdição, o escopo estatal foi garantir "que as normas de direito substancial incorporadas ao ordenamento jurídico

efetivamente conduzam aos resultados nelas previstos". Dito de outra forma, pode-se afirmar que a desígnio da jurisdição "não é outra senão a realização das normas de direito objetivo, ou seja, a sua correta aplicação e, a partir daí, a solução justa da lide". [13]

Importante adiantar que conceito de jurisdição não se confunde com o de competência, conforme será aprofundando em tópico posterior. De fato, jurisdição é o poder imposto "pela Constituição Federal a todo qualquer Juiz para declarar o direito, sendo abstrata e subjetiva. Já a competência é o conjunto de regras que vai definir qual é o juiz que poderá examinar determinado litígio, sendo concreta e objetiva". De tal maneira que "apresenta-se a competência como uma limitação ao exercício da jurisdição".[14]

2.1.1.2 Ação

A ação é a provocação, realizada por quem detém o direito ao seu exercício, que retira a jurisdição de sua posição inerte por meio de um processo. Trata-se, de modo geral, de um direito ou um poder de um determinado sujeito que pleiteia a tutela jurisdicional.

Já a ação penal refere-se ao instrumento utilizado para que o Estado possa, em nome da sociedade, via de regra, promover a responsabilização de alguém pela prática de um crime, transferindo a aplicação da pena adequada. A ação penal pode ser iniciada de acordo com a natureza do crime e da forma como a lei determina. Existem basicamente dois tipos de ação penal no direito brasileiro: ação penal pública e ação penal privada, com suas respectivas classificações.

Maiores debates, classificações e condições da ação penal, serão tratadas de maneira mais detalhada posteriormente.

2.1.1.3 Processo e Procedimento

A título didático e inicial, vamos pensar no processo, já conceituado anteriormente, como uma viagem que você faz de sua casa até um destino final. Cada etapa dessa viagem, como sair de casa, pegar um transporte, fazer paradas, tudo isso representa os "atos processuais" de um processo que levam até o fim da jornada, que no caso do direito, é uma sentença (tutela jurisdicional).

Agora, o "procedimento" é como o manual de instruções dessa viagem. Ele diz exatamente como fazer cada etapa: quando pegar o ônibus, que tipo de passagem comprar, onde fazer as paradas e assim por diante. No mundo jurídico, o procedimento dita as regras de como esses atos processuais devem ser realizados para que você chegue ao destino final, que é a decisão do juiz ou a sentença.

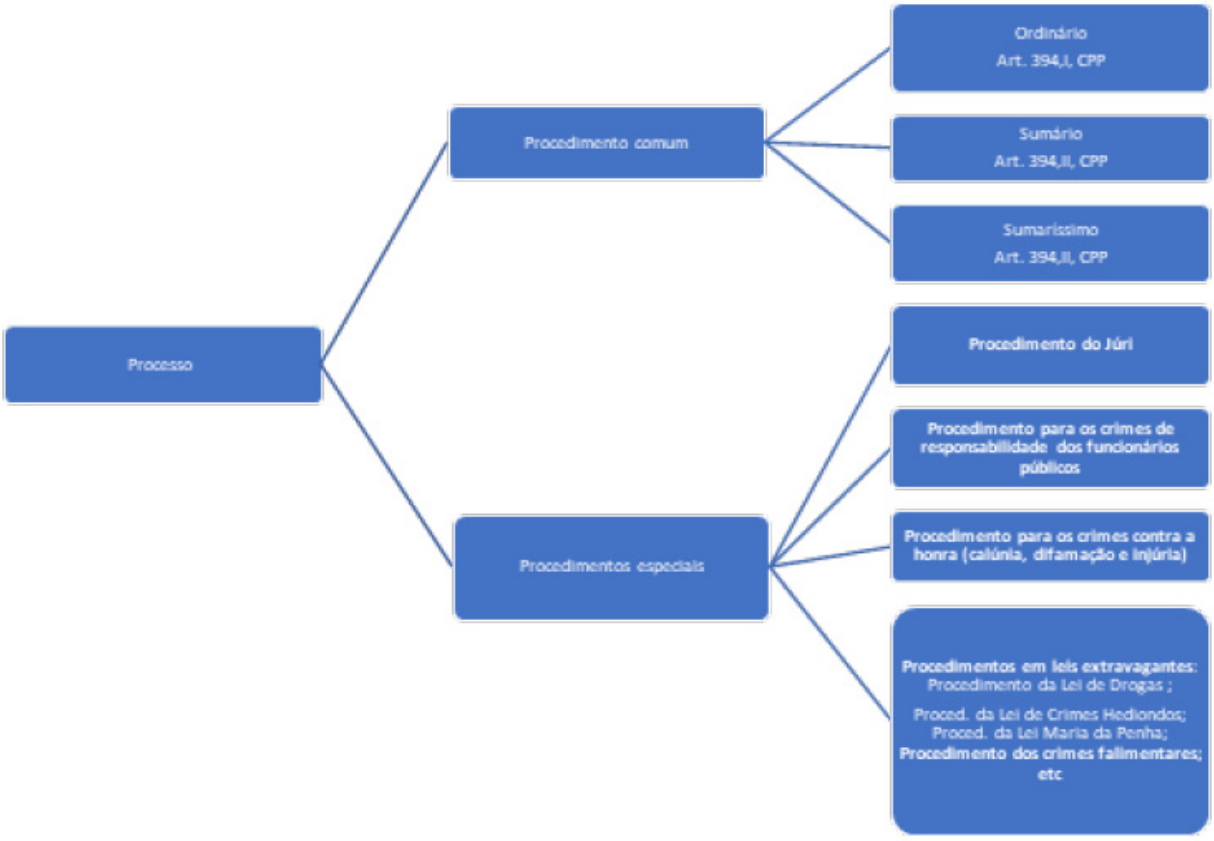
Então, resumindo: Processo é a própria viagem, com todas as suas etapas. Procedimento é o guia que ensina como fazer essa viagem passo a passo. No caso, o processo penal, faz uso do Direito Processual Penal, o qual, conforme já apresentado, é a parte do ordenamento jurídico público que se apresenta em um conjunto de normas e princípios que regem os procedimentos de investigação, julgamento e administração da justiça em relação a fatos previamente estabelecidos como crimes pela lei penal

O processo penal, conforme já apontado antes, é um instrumento da jurisdição que possibilita a aplicação da lei penal no caso concreto, no mundo dos fatos. A titularidade da ação penal é detida pelo próprio Estado, por meio Ministério Público (ressalvadas a ação penal privada e ação penal subsidiária da pública).

Já o procedimento também chamado de rito processual. Se apresenta como a sequência de atos processuais, encadeados de forma lógica, com a finalidade de alcançar uma sentença[15] (não necessariamente de mérito e condenatória).

Assim, o procedimento é a forma e o ritmo, a sequência da atos encadeados logicamente, dado à sucessão dos atos que perquirem a sentença (tutela jurisdicional). “Pode ser considerado comum ou especial, como será visto oportunamente, representando um movimento mais célere ou mais lento do processo, ou seja, espelha a maneira pela qual se dará o desenvolvimento do processo.”[16] Conforme disposição expressa do Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1942:

> *Art. 394. O procedimento será comum ou especial.*
> *§ 1º. O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:*
> *I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;*
> *II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;*
> *III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.*
> *§ 2º. Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.*



As características, elementos e discussões doutrinárias sobre os procedimentos, serão debatidas em capítulo próprio.

2.1.1.4 Atos Processuais

Com a finalidade introdutória, cumpre afirmar que "atos processuais são atos jurídicos praticados no processo, com vistas a criar, modificar ou extinguir direitos processuais." Trata-se dos atos praticados pelas partes, juiz, auxiliares da justiça ou por terceiros.[17]

As partes podem exercitar atos postulatórios, instrutórios e dispositivos, o "juiz deve praticar atos instrutórios, de polícia processual, de coerção, decisórios e também atos anômalos; os auxiliares da justiça devem (funcionários do Poder Judiciário) praticar atos de movimentação, de documentação e de execução". Já os terceiros também exercem atos processuais, como exemplo, "a testemunha chamada a depor em juízo, aliás, em regra a prova testemunhal é um ato processual de extrema importância para o julgamento da causa." [18]

Didaticamente falando, a fim de fixar o conteúdo, imagine uma peça de teatro. Cada cena dessa peça é composta por falas dos atores, movimentos, mudanças de cenário, entre outros elementos. Sem cada uma dessas ações, a história não se desenrolaria e o público não entenderia a trama. No mundo do Direito Processual Brasileiro, os "atos processuais" são como essas cenas da peça de teatro. Eles são ações, movimentos e decisões que acontecem ao longo do processo judicial. Cada ato processual tem sua importância e contribui para que a "história" do processo se desenvolva, desde o início (quando uma pessoa decide entrar com uma ação na justiça) até o final (quando o juiz dá sua sentença).

Portanto, a título de fixação e compreensão do tema, de forma simples e didática: Atos processuais podem ser considerados as

“cenas” ou etapas que compõem o “teatro” de um processo judicial, permitindo que ele avance até sua conclusão (que é a sentença, a tutela jurisdicional).

Para fins introdutórios, é o necessário a saber, os demais, conceitos, elementos e discussões doutrinárias sobre os atos processuais, serão discutidos em capítulo próprio.

2.1.1.5 Relação Jurídica Processual

Inicialmente e didaticamente, imagine uma partida de futebol. Há dois times jogando: um atacando e o outro defendendo. Existe também um árbitro, que garante o cumprimento das regras preexistentes. E, claro, há uma bola e um objetivo: fazer gols e vencer a partida. No universo do Direito Processual Penal, a “relação jurídica processual penal” é semelhante a essa partida de futebol. Nessa relação, há:

- O Ministério Público (ou, em alguns casos, a própria vítima, nos casos de ação penal privada) é o time que “ataca”, ou seja, acusa alguém de cometer um crime e busca uma sentença condenatória. Trata-se do titular da ação penal, uma parte processual, portanto, parcial.

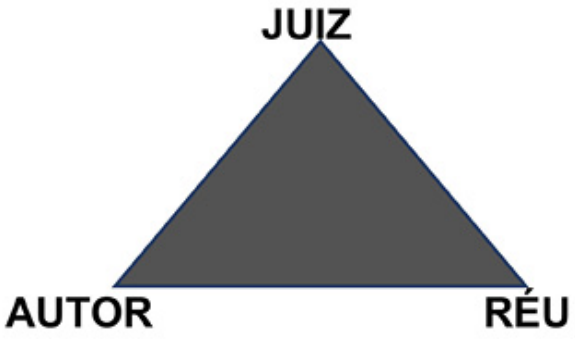
- O acusado (e seu advogado ou defensor, representando-o) é o time que “defende” das imputações apresentadas pelo titular da ação penal, é o réu da ação penal, parte passiva dessa relação jurídica processual.

- O juiz é o “árbitro”, aquele que garante que todas as regras (CF/88, leis) sejam seguidas e, no final, decide quem “venceu” ao proferir uma sentença, via de regra, pois há possibilidade de uma sentença sem decisão de mérito. O juiz, portanto, é imparcial, deve manter-se distante das partes processuais, tanto do MP ou vítima, quanto do réu.

Assim, de forma simples e didática, a "relação jurídica processual penal" é como uma "partida" (processo) em que acusação e defesa "jogam" diante de um juiz, seguindo regras, com o objetivo de chegar a uma conclusão sobre a responsabilidade de alguém em relação a um crime (sentença de mérito).

É por meio desta formação, a da relação jurídica processual, embora exista divergência que serão debatidas em capítulo próprio, que se dá a instauração do processo.

É possível utilizar da geometria processual para visualizar a relação jurídica processual:



Do que foi apresentado até o momento, é admissível afirmar que a realização do direito de punir – *jus puniendi* – atrai para si a ideia da existência da relação jurídica processual, assim entendida como a situação que se constitui entre os sujeitos que protagonizam o processo, ou seja: partes (autor e réu) e o juiz, a quem o sistema jurídico confere faculdades, direitos, obrigações e ônus processuais. Trata-se, portanto, de uma relação entre os sujeitos processuais (partes e juiz), juridicamente regulada.[19]

É possível, portanto, concluir com a lição de Hélio Tornaghi, a respeito do conceito de relação processual apresentado por Hellwig: "A relação processual é, como recentemente declarou HELLWIG,

pela primeira vez com tôda a desejável firmeza, um vínculo entre o juiz, de um lado, e de outro, as partes, e não é nada mais que isso".[20]

2.1.1.6 Escopo do Processo Penal

De acordo com o apresentado até agora o Direito Processual Penal tem como escopo providenciar as ferramentas necessárias ao cidadão diante da ação estatal. Juntamente com o Direito Penal, realiza a regulamentação e, por conseguinte, limitação do poder punitivo do Estado.

A existência do processo penal no Estado Democrático de Direito é condição imprescindível. No modelo de Estado em questão, o processo penal assume uma faceta fundamental e distinta de eras passadas. Antes, era percebido principalmente como uma defesa contra potenciais excessos estatais. Atualmente, é entendido como um mecanismo eficaz na proteção dos direitos fundamentais. Isso se demonstra tanto na visão estatal, ao resguardar direitos individuais e coletivos, quanto na ótica do indivíduo, ao proteger suas liberdades pessoais. Dessa forma, a infração penal é vista como um problema inserido em um contexto amplo, que abrange aspectos históricos, políticos, econômicos e sociais.

Renato Marcão afirma, de outro lado, há que se distinguir a existência de finalidade imediata e finalidade mediata do processo penal em sim. "A finalidade imediata é a administração e solução do conflito; do litígio de natureza penal".[21]

Como titular do direito de punir, compete "ao Estado fazer atuar as regras jurídicas em busca de resolver a lide penal, de modo a solucionar definitivamente a instância com a proclamação do direito aplicável na solução da controvérsia", e ocorrendo o fato típico, ilícito e punível, aplicar a sanção cabível. Dessa forma, "na medida em que resolve pontual e casuisticamente as questões penais, o

Estado também caminha em direção ao atingimento da finalidade mediata do processo penal, que é a paz social".[22]

2.2 História do Processo Penal

A história do direito processual penal se confunde com a própria formação do direito. E em razão das acentuadas e complexas características de cada momento histórico, será realizada neste tópico, uma breve síntese dos principais momentos históricos da disciplina.

2.2.1 Evolução histórica do processo penal: das origens aos dias atuais

A evolução do direito processual penal se confunde com a origem da pena e da própria sociedade, pois a medida em que a sociedade aumentava seu patamar civilizatório, as penas, no mesmo grau, passavam a ser mais racionais e a perder as características de vingança.

Explica que Renato Marcão que "a origem da pena é a vindita. Nos povos primitivos, a ideia da pena nasceu do sentimento de vingança, inicialmente na forma privada, e posteriormente foi alçada à categoria de direito".[23] Por tal razão, a evolução e o progresso do processo penal estão profundamente atrelados à evolução da pena.

As distintas fases do desenvolvimento "da vingança penal deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios". Seguindo esse raciocínio, a doutrina dominante tem adotado uma tríplice divisão, que é representada pelos períodos da "vingança privada, vingança divina e vingança pública, todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual. A despeito da divergência, sem qualquer

precisão, o mais importante, ao menos para ilustrar", é que se tenha conhecimento, ainda que pouco sólido, das características de cada uma dessas fases.[24]

Abaixo, segue explicação resumida de cada fase:

I. **Vingança Privada**: No início das sociedades primitivas, não havia um poder estatal centralizado ou uma entidade reguladora para administrar a justiça, o Estado Moderno, tal qual existe hoje, ainda não havia se desenvolvido. Assim, quando ocorria um delito, cabia ao indivíduo ou ao seu grupo familiar, ainda à tribo, buscar reparação ou vingança.

Neste período, a retaliação muitas vezes assumia a forma do "olho por olho, dente por dente" (lei de Talião), onde a punição frequentemente refletia a natureza do crime cometido. No entanto, esse sistema frequentemente resultava em ciclos intermináveis de violência, pois a reação a um ato poderia ser considerada excessiva, levando a outra retaliação, e assim por diante.

II. **Vingança Divina**: À medida que as sociedades se tornavam mais complexas e as crenças religiosas ganhavam proeminência, a ideia de justiça começou a ser associada à vontade dos deuses ou da detenção de um poder divino. Acreditava-se que os deuses puniriam aqueles que cometessem transgressões, e essa crença era muitas vezes codificada em leis religiosas ou textos sagrados. O Código de Hammurabi na Mesopotâmia e as leis mosaicas no Antigo Testamento são exemplos dessa fase.

> *Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas ("totem") revoltadas coma prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagravara divindade. A infração totêmica, ou, melhor dito, a desobediência, levou a coletividade a punir o infrator para desagravar a entidade. O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator. Na verdade, a pena em sua origem distante representa o simples revide à*

> *agressão sofrida pela coletividade, absolutamente desproporcional, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de Justiça. Esta fase, que se convencionou denominar fase da vingança divina, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido 1 . A impregnação de sentido místico no Direito Penal ocorreu desde suas origens mais remotas, quando se concebia a repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social 2 . Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação. Pode-se destacar como legislação típica dessa fase o Código de Manu, embora legislações com essas características tenham sido adotadas no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia.*[25]

Apesar de a vingança e de a pena serem diferentes, é possível constatar que "codificações antigas como a do conhecido Código de Hamurábi, ou mesmo o Pentateuco, trazem disposições ligadas à Lei de Talião, a qual estabelece a imposição de pena idêntica ao crime praticado, popularmente conhecida pela expressão "olho por olho, dente por dente".[26] Nesse contexto, as ofensas eram vistas não apenas como atos contra indivíduos, mas também como blasfêmias ou transgressões contra o divino. Portanto, a punição, muitas vezes severa, era vista como uma necessidade para apaziguar os deuses.

III. **Vingança Pública**: Com o surgimento da ideia de Estado e a centralização do poder, a administração da justiça começou a ser vista como uma responsabilidade pública. O Estado assumiu o papel de mediador e executor da justiça. A vingança pública representou a transição para sistemas judiciais mais formalizados, onde a punição visava servir a interesses sociais mais amplos, como a manutenção da ordem e a dissuasão de futuros delitos. As leis, então, passaram a ser codificadas e universais, aplicáveis a todos os cidadãos, e as punições a ser determinadas com base nessas leis, e não mais por retaliações arbitrárias ou

impulsos divinos, embora ainda houve a mistura entre o divino e o Estado, conforme elucida Bittencourt:

> *[...] com a melhor organização social, o Estado afastou a vindita privada, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo a vingança pública, que, nos seus primórdios, manteve absoluta identidade entre poder divino e poder político. A primeira finalidade reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito criminal da época. Mantinha-se ainda forte influência do aspecto religioso, como qual o Estado justificava a proteção do soberano. A Grécia, por exemplo, era governada em nome de Zeus; a Roma Antiga recebeu, segundo se acredita, a Lei das XII Tábuas.*[27]

Essa evolução, da vingança privada à vingança pública, reflete a crescente complexidade das sociedades humanas e a necessidade de sistemas de justiça mais organizados e equitativos. Ao longo do tempo, a ênfase mudou da simples retaliação para uma abordagem mais sistemática e equânime da justiça, baseada nos princípios do direito e da equidade.

O processo penal, que se relaciona diretamente com a evolução da pena, destaca-se particularmente quando a punição passa a ser de natureza pública, quando há início do período da vingança pública. Ou seja, quando é estabelecida pelo Estado, em vez de ser determinada por ações familiares ou coletivas ancoradas na vingança por laços sanguíneos ou acordos.[28]

A partir das noções iniciais apresentadas nos parágrafos antecedentes é possível estabelecer, sucintamente, o desenvolvimento histórico do direito processual penal, a partir dos períodos históricos:

I. **Antiguidade:** Durante os primórdios das civilizações antigas, como as de Mesopotâmia, Egito, Grécia e Roma, o processo penal era fortemente ligado à vingança privada. Em muitas sociedades, os crimes eram tratados como

agravos pessoais e, muitas vezes, era permitido à vítima ou sua família buscar reparação.

II. **Roma e Grécia (Antiguidade Clássica):** Tanto os romanos quanto os gregos faziam distinção entre crimes públicos, que prejudicavam a coletividade, e crimes privados, que geravam danos mínimos ao Estado. Os crimes de natureza pública, devido à sua gravidade, não estavam sujeitos à mera discricionariedade do ofendido, diferentemente dos crimes privados, cuja ação dependia exclusivamente da iniciativa da vítima. No sistema grego, os cidadãos desempenhavam um papel ativo, participando diretamente do processo acusatório e jurisdicional, no qual prevalecia a oralidade e os atos do processo eram públicos. Delitos graves contra a cidade eram denunciados perante a Assembleia do Povo e do Senado. Uma vez feita a denúncia, um cidadão era designado para conduzir a acusação. Com a apresentação da acusação, produção probatória e juramentos, perante o tribunal responsável por julgar aquele caso, era então determinado para o julgamento.[29]

Com a consolidação do Direito Romano e Grego, surgiu um sistema mais estruturado de processo penal. Os magistrados passaram a ter um papel central e os julgamentos tornaram-se mais públicos. O acusatório, baseado na iniciativa das partes, no entanto, foi substituído progressivamente pelo sistema inquisitivo. Em epítome, o processo romano republicano previa as seguintes características: a) o direito popular de acusação; b) a obrigação de prosseguir no feito até a derradeira sentença; c) o encargo das diligências da instrução imposto ao próprio acusador popular; d) a restrição da prisão preventiva; e) o aumento da liberdade provisória

sob caução fidejussória; f) a completa publicidade de todos os atos processuais; g) o direito popular de julgamento[30]

III.Idade Média: Durante a Idade Média, o sistema inquisitório dominou, particularmente na Europa. Este sistema era caracterizado pela iniciativa do juiz na investigação e decisão dos casos, juiz agia como parte e como julgador, inexistindo a imparcialidade. Infelizmente, este período também é conhecido pelo uso da tortura para obter confissões, a qual era tida como a rainha das provas em um indevido sistema de valoração das provas.

> *A partir do Século XV, foi definitivamente afastado o sistema acusatório, prevalecendo o sistema inquisitivo, que dominou as legislações até o Século XIX. Como preleciona FREDERICO MARQUES, "até a Revolução Francesa, ele domina, sem contraste, a legislação processual penal, tendo sido um dos instrumentos de formação e consolidação do absolutismo dinástico que imperou nas monarquias da Europa, a partir do século XVI".*[31]

O processo passou a ser escrito e secreto, em contraposição ao processo público e oral, característico do sistema acusatório. "Não se permitia nem mesmo o controle da distribuição aos juízes." [32]

Houve, ainda na Idade Média, um movimento de unificação das normas, ou seja, os costumes locais, de Direito Feudal, de Direito Romano, de Direito Canônico e de Direito Comercial, nos séculos XII a XVI, foram a base para o nascimento dos Direitos Nacionais, os quais deveriam ser aplicados dentro dos nascentes Estados Nacionais. Contudo, esse "direito penal comum", não significou a sistematização de um Direito justo"[33]. Aníbal Bruno enfatizava que:

> *"[...] nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, coma preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto ecruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema*

repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a forca, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arrancamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas, em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer, multiplicar e prolongar o sofrimento; as mutilações, como as de pés, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração; os açoites".

Os desvios da inquisição e do, conseguinte, processo penal inquisitivo foram muitos, de fato, "o Concílio de Trento (século XVI) criou o tribunal da inquisição, onde se empregaram tortura e penas de sangue. O processo penal sucumbe às trevas". É interessante observar, pondera Nucci, que, "exatamente nessa época, ampliaram-se consideravelmente os casos de foros privilegiados", os distintos estavam a cargo dos corregedores e dos ouvidores; os eclesiásticos sob a responsabilidade das oficialidades eclesiásticas.[34]

IV. Era Moderna e Contemporânea: Na transição para a modernidade, houve uma reação contra os excessos do sistema inquisitivo. Isso levou ao ressurgimento do sistema acusatório em muitas jurisdições, onde o papel da acusação e da defesa tornou-se mais distinto e o juiz assumiu uma postura mais imparcial.

A urgência em reformar a situação tornou-se evidente. Foi durante a segunda metade do século XVIII que começaram a ser desafiadas as antigas noções arbitrárias. Filósofos, moralistas e juristas voltaram suas atenções para criticar a legislação penal da época, abraçando as liberdades individuais e elevando os princípios da dignidade humana. Pensadores iluministas e humanitários, como Voltaire, Montesquieu e Rousseau, lançaram luz sobre os excessos da legislação penal da época. Eles argumentavam que as penas não deveriam ser simplesmente um meio de causar tormento, mas sim proporcionais ao crime. Era crucial considerar as circunstâncias individuais do acusado, sua intencionalidade e, acima de tudo, a

eficácia da pena em desencorajar futuras infrações, sendo ao mesmo tempo minimamente cruel.[35]

No âmbito do direito penal e processual penal, importante as contribuições de Cesare Beccaria. Em 1764, ele publicou sua obra mais importante, "Dos Delitos e das Penas" (*Dei delitti e delle pene*, em italiano), que foi um marco na luta contra a brutalidade das leis penais da época e na busca por um sistema legal mais racional e humano. Aqui estão algumas das ideias centrais desse livro: a) crítica à tortura e às penas cruéis; b) punição proporcional; c) contra a pena de morte; d) celeridade e certeza da punição; e) julgamentos públicos e legislação clara; f) objetivo de prevenção prevalecente sobre punição; g) direitos do acusado.

Beccaria enfatizou a importância de proteger os direitos das pessoas acusadas de crimes, incluindo o direito de ser considerado inocente até que se prove a culpa e o direito a um julgamento rápido. O trabalho do autor foi influente em sua época e desempenhou um papel fundamental na reforma dos sistemas penais em muitos países europeus, que logo passaram a se refletir em outros países. Sua ênfase nos direitos do indivíduo, na humanidade e na racionalidade da punição é central para muitos dos princípios do direito penal moderno.

Essa quebra de paradigma, conhecida como Iluminismo, teve seu ponto alto na Revolução Francesa, influenciando uma vasta gama de pessoas unidas por um ideal: reformar o sistema de punição. O Iluminismo foi um movimento que se esforçou para aplicar a razão em todas as áreas do saber humano. Simbolizou uma mudança cultural e espiritual significativa na sociedade da época, promovendo o uso da razão como guia para o progresso em todos os setores da vida. [36]

Com a Declaração de 1789 houve a consagração de direitos naturais da igualdade, liberdade, fraternidade, propriedade, segurança e resistência ao abuso tirânico. Os princípios políticos infundidos pelo contratualismo[37] e pelos ideais formados no Iluminismo, compuseram a base teórica do Estado constitucional contemporâneo e, por conseguinte do processo penal atual.

2.2.2 Evolução Histórica do Processo Penal no Brasil

A primeira legislação codificada, normatizando o processo penal, pelo Estado brasileiro, foi o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, no ano de 1832, promulgado em 29 de novembro de 1832, normatizou a organização judiciária e a parte processual complementar ao Código Criminal de 1830. Posteriormente, em 1941, o Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, foi criado, sendo a atual legislação vigente.

Os tópicos abaixo, tratam, de forma resumida, a evolução história do direito processual penal até o momento atual.

2.2.2.1 Período Colonial

O processo penal no Brasil começou sob forte influência do Direito Português, já que era o direito oriundo dos colonizadores. Durante o período colonial, o sistema inquisitório foi dominante.

Importante mencionar que a construção do Estado brasileiro originou-se da colonização por nações ibéricas, que buscaram incorporar suas próprias instituições. Neste contexto, a influência cultural de Portugal e Espanha representou uma tentativa de estabelecer tradições europeias em um vasto território cujas condições naturais eram amplamente distintas ou, pelo menos, desconhecidas para sua ancestralidade milenar. No entanto, mesmo naqueles tempos, percebia-se que a estrutura institucional da Europa teria desafios para se adaptar ao imenso “novo mundo”.[38]

É certo que o Brasil teve sua colonização iniciada em meados do século XVI, durante o reinado de D. João III. No ano de 1534,

> *[...] o Brasil foi dividido em doze capitanias hereditárias, concedendo-se privilégios aos donatários, inclusive jurisdição cível e criminal. [...] Em 1549, D. João resolveu centralizar e criou um governo geral para o Brasil, com um governador geral, chefe do governo e centro administrativo; um provedor-geral, dirigindo a fazenda; um capitão-mor da costa, encarregado da defesa do litoral, e mais tarde: um alcaide-mor, com o comando das armas; um ouvidor-geral, presidindo a justiça. [...] Posteriormente, em 1573, o Brasil foi dividido em dois governos gerais, um para o Norte, cuja capital era Salvador na Bahia; outro para o Sul, cuja capital era o Rio de Janeiro".*[39]

Durante o período colonial, as normas jurídicas e penais da metrópole portuguesa eram estendidas para a colônia. Assim, as disposições das Ordenações do Reino de Portugal, eram as normas aplicáveis. Especialmente a última, a Filipina, que esteve em vigor de 1603 até o Brasil se tornar independente em 1822. Mesmo com regras claras sobre crimes e suas penas estabelecidas desde o começo da colonização, em 1530, foi apenas em 1532 que a primeira Câmara Municipal foi criada, especificamente na Vila de São Vicente. No intervalo de 1532 a 1824, essas Câmaras desempenharam várias responsabilidades institucionais, abrangendo aspectos executivos, legislativos e judiciários.[40]

> *D. João VI (1808) no Brasil: a justiça estava assim organizada: duas Relações, a da Bahia e a do Rio de Janeiro; corregedores de comarca, ouvidores-gerais, ouvidores de comarca, chancereis de comarca, provedores, contadores de comarca, juízes ordinários e de órfãos eleitos, juízes de fora, vereadores, almotacés, juízes de vintena; tendo como auxiliares os tabeliães, escrivães, inquiridores, meirinhos e outros oficiais de justiça, os alcaides pequenos e os quadrilheiros, como oficiais de polícia. Chegando ao Brasil, D. JOÃO criou o Supremo Conselho Militar e de Justiça, o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens.* [41]

No período de 1532 a 1824, as Câmaras Municipais detinham uma ampla variedade de responsabilidades institucionais, abrangendo funções executivas, legislativas e judiciárias. Em algumas dessas câmaras, havia enxovias, que eram basicamente celas coletivas subterrâneas para prisioneiros. A Câmara Municipal

era incumbida de tarefas administrativas, normativas, decisórias e de supervisão, todas alinhadas à vontade do monarca, como expresso nas Ordenações. Contudo, na prática, a implementação dessas atividades era desafiadora, especialmente fora dos núcleos administrativos situados nas vilas. Naquela época, somente proprietários de terras, nobres e clérigos tinham o privilégio de participar politicamente nas Câmaras.[42]

Apesar da pequena síntese apresentada de todo o contexto sócio-cultural-histórico em que se deu a formação do Estado brasileiro, identificam-se elementos chave que moldaram a essência estatal e o próprio direito brasileiro, especialmente o penal e processual penal. Dentre eles: a) natureza autoritária; b) práticas escravocratas, produção baseada na monocultura direcionada ao comércio exterior e; c) centralização da posse de terras na sociedade brasileira. Esses fatores resultam, entre outras consequências, em uma marcante desigualdade social, com a riqueza concentrada em uma minoria da população. Tal cenário compromete a consolidação da democracia no país, uma vez que democracia e igualdade, seja ela formal ou material, devem andar lado a lado.[43]

2.2.2.2 Brasil Império

Com a independência em 1822 e a Constituição de 1824, houve tentativas de reformar o sistema penal. Ainda assim, o sistema continuou com características inquisitórias, apesar da presença de alguns elementos acusatórios.

> *[...] Em abril de 1821, D. João VI foi para Portugal. Deixou D. Pedro De Alcântara como Regente que, continuando o movimento separatista, resolveu expedir o seguinte decreto naquele mesmo ano, em síntese: 1) ninguém deve ser preso sem ordem por escrito do juiz, exceto em flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente; 2) nenhum juiz pode expedir ordem de prisão sem precedente culpa formada; 3) processos de réus presos devem ser resolvidos da maneira célere, devendo ser adotada a publicidade dos atos; 4) não haverá prisão secreta ou masmorra infecta, escura e estreita; a prisão serve apenas para guardar os presos; fica abolido o uso de correntes,*

algemas, grilhões e outras formas criadas para martirizar homens ainda não julgados; 5) a contravenção legalmente provada das disposições deste Decreto acarretará o perdimento do emprego e a inabilitação permanente para outro. [44]

Após o simbólico 7 de setembro de 1822, quando ressoou o clamor pela liberdade às margens do Ipiranga, o Brasil começou sua caminhada autônoma no cenário jurídico, já que se tornou Estado independente.

Esse novo capítulo foi marcado pelo surgimento dos primeiros códigos legislativos do país. A Constituição de 1824, apesar de outorgada, foi apenas o início dessas normativas. Em sua sequência vieram o Código Criminal (1830), o Código de Processo Criminal (1832) e o Código Comercial (1850).

Além disso, essa fase foi caracterizada pela ascensão dos movimentos abolicionistas, que ganharam destaque entre os intelectuais do país e provocaram descontentamento em uma aristocracia agrária autoritária e resistente.[45]

A Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824, apresentava importantes direitos e garantias individuais:

Júri: *Art. 151. "O Poder Judicial é independente e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem".*
Art. 152. "Os jurados pronunciam sobre o fato e os juízes aplicam a lei".
Art. 153. "Os juízes de direito serão perpétuos, o que, todavia, se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinar".
Nos arts. 154, 155, 156 e 157, prevê a possibilidade de os juízes serem punidos pelo Imperador, além do que só perderão o cargo por sentença; os magistrados são responsáveis pelos abusos de poder e prevaricação, cabendo contra eles ação popular em casos de suborno, peita, peculato e concussão.
Sobre as garantias dos direitos individuais:
Art. 179. "A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

1.°Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
2.°Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública;
3.°A sua disposição não terá efeito retroativo. (...)"[46]

Nucci elucida que na "continuidade dos itens 4.° a 35 são expostos vários outros direitos individuais, previstos até hoje, inclusive pela atual Constituição de 1988", a saber: "a casa é asilo inviolável; ninguém será preso sem culpa formada, como regra; ninguém será preso quando for admitida fiança; a prisão somente pode ser decretada por ordem escrita de autoridade legítima, à exceção do flagrante"; nenhuma pessoa será sentenciada "senão pela autoridade competente; mantém-se a independência do Poder Judicial; a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um;" estão eliminados "os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e demais penas cruéis; nenhuma pena passará da pessoa do delinquente"; não existirá confisco de bens; "as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas; inviolabilidade de correspondência, dentre outros".[47]

A concepção de criar um Código Criminal para o Império Brasileiro tomou forma definitiva com o legislador de 1824, que, em nossa inaugural Constituição, manifestou esse grande propósito: [48]

Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
[...]
XVIII Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade.

As inspirações para a elaboração do Código Criminal foram oriundas do Código Francês (1810) e do Código Napolitano (1819). "Na esteira da opinião de Aníbal Bruno, Bitencourt ainda acresceu a esta lista o Código da Baviera (1813), o Projeto de Livingston

(1825)", assim como "das ideias filosófico-jurídicas de Jeremias Bentham, Cesare Beccaria e Mello Freire"[49]

De fato, o Código Criminal do Império destacou-se por sua meticulosa elaboração, exercendo considerável influência sobre o Código Penal espanhol de 1848 e o português de 1852, graças à sua clareza, precisão, concisão e rigor técnico. Entre suas principais inovações, "como apontam Régis Prado e Zaffaroni, está o sistema de dias-multa, descrito em seu art. 55, que, por equívoco, é atribuído frequentemente à tradição nórdica".[50]

Conforme explica Nucci, havia a necessidade de um código processual. Assim, em 29 de novembro de 1832, foi instituído o Código de Processo Criminal. Esse novo código propôs uma reorganização das Comarcas, estabeleceu o sistema de júri em todos os processos criminais e introduziu diversas regras sobre mudança de competência.[51]

Juntos, o Código Criminal do Império e o Código de Processo Criminal marcaram um deslocamento significativo em relação ao sistema legal português de caráter absolutista, instaurando uma gama de instituições e procedimentos que racionalizaram a administração da Justiça.

Especificamente falando do Código Processual de 1832, esse conjunto de normas estabeleceu diversas salvaguardas para a defesa dos réus, como a implementação do *habeas corpus*, o direito ao cidadão de iniciar ações penais públicas, mesmo sem ser a vítima, a criação do sistema de júri e os cargos eletivos para juiz de paz. É relevante observar que, apesar de a justiça eletiva a nível local ter fortalecido o papel do município, a independência desses cargos foi comprometida devido à influência de grupos políticos locais nas eleições. Vale também salientar que o Código de Processo Criminal foi visto como um documento altamente progressista, expandindo as

liberdades civis e políticas. Isso se evidenciou pelo realce dado ao papel do juiz de paz e pela inclusão dos cidadãos no sistema judiciário por meio da criação do júri.[52]

Uma revisão significativa do Código de Processo Criminal ocorreu com a Lei n. 2.033, de 24 de setembro de 1871, que posteriormente foi regulada pelo decreto n. 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, introduzindo o instituto do inquérito policial.

> *Afirma Frederico Marques ter sido combatida "durante quase trinta anos a lei de 3 de dezembro e inúmeras foram as vozes que se levantaram no Parlamento imperial, pleiteando-lhe a reforma. (...) Coube ao ministério de Rio Branco ir ao encontro dessa velha aspiração, promulgando a Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada, ao depois, pelo decreto n. 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano".*[53]
> *A Lei 2.033/1871 e o Decreto 4.824/1871 implementaram a separação da justiça e da polícia, criando-se o instituto do inquérito policial (arts. 42 e ss.). Após a proclamação da República, emerge o Código Penal de 1890. A Constituição republicana surge em 24 de fevereiro de 1891.*[54]

Após a Proclamação da República em 1889, a maioria dos estados começou a adotar suas legislações processuais próprias. No entanto, São Paulo optou por manter e aplicar o Código de Processo Penal do Império.

Após a Proclamação da República em 1889, a maioria dos estados começou a adotar suas legislações processuais próprias. No entanto, o estado de São Paulo optou por manter e aplicar o Código de Processo Penal do Império.

2.2.2.3 Brasil República

A proclamação da República em 1889 trouxe consigo uma revisão do sistema jurídico.

Cumpre explicar, antes, que a proclamação da República no Brasil ocorreu em 15 de novembro de 1889 e marcou o fim do período monárquico e o início da fase republicana no país. O processo que levou à proclamação foi o resultado de um conjunto de fatores

políticos, sociais e econômicos. Para entender esse evento histórico de forma detalhada, é necessário considerar o contexto no qual ele se insere:

a) Crise da Monarquia: No final do século XIX, a monarquia brasileira estava debilitada. O imperador Dom Pedro II já não tinha a mesma autoridade de outrora. As elites, especialmente as cafeicultoras do Oeste Paulista, estavam insatisfeitas com a centralização política do Império.

b) Aspecto Religioso: No fim da década de 1870, a Igreja Católica e o Estado entraram em colisão. Dois bispos foram presos por infringirem a lei do padroado (relação entre Igreja e Estado no Brasil). Isso fez com que a Igreja, que ininterruptamente apoiou a monarquia, se afastasse do governo.

c) Interferência Militar: Nos fins do século XIX, os militares encabeçaram a ter uma ingerência mais ativa na vida política. Eles estavam descontentes com a ausência de modernização das Forças Armadas além de uma série de desentendimentos entre o Exército e o governo que levou à deposição de vários oficiais.

> *O novo regime resultaria de um golpe militar. Nos meios republicanos, a estratégia conspiratória prevaleceu sobre a estratégia revolucionária. O Exército apareceu aos olhos das novas elites como o instrumento ideal para derrubar a Monarquia e instituir um novo regime que as colocasse no poder. Desde a Guerra do Paraguai, setores do Exército se indispuseram com o sistema monárquico. Convencidos de que os políticos civis eram corruptos, entenderam que cabia aos militares uma missão regeneradora, de salvação nacional. Nada mais natural, pois, do que a aliança entre esses setores militares e os republicanos, aliança que culminou na derrubada da Monarquia.*[55]

d) Abolicionismo: A escravidão era uma questão a ser resolvida que se tornava cada vez mais grave para o Estado brasileiro. A pressão internacional e interna para acabar com o absurdo da escravidão estava em ebulição. A Lei

Áurea, assinada em 1888, livrou as pessoas escravizadas, o que causou descontentamento entre as elites agrárias, que ainda eram desejosas de continuar utilizando mão-de-obra sem a devida remuneração pelo trabalho.

> *O sistema escravista desaparecia em outras áreas do mundo e era universalmente condenado. A pressão abolicionista fazia-se sentir no Brasil. A escravidão não mais existia nos Estados Unidos. Nas Antilhas Francesas não havia mais escravos desde meados do século. Em 1873, abolia-se a escravidão em Porto Rico e, em 1880, em Cuba. A pressão abolicionista crescia no Brasil.* [56]

e) Influências Externas: O modelo republicano dos Estados Unidos e das nações latino-americanas vizinhas influenciou o pensamento político no Brasil.

> *[...] ao assumir a forma de república democrática, os líderes da implantação desse sistema optaram por copiar o grande país do Norte, os Estados Unidos, que, desde o início, adotou a forma federativa para o Estado então criado. Essa forma de organização se mostrou a mais apropriada para o novo País que surgia a partir de um movimento para a libertação de colônias distintas desde sua formação. Aqui, copiou-se inclusive a denominação adotada pela nação norte-americana, e a nova República passou a chamar-se Estados Unidos do Brasil.*[57]

f) A Proclamação: Na madrugada do dia 15 de novembro de 1889, vários militares, conduzidos pelo Marechal Deodoro da Fonseca, executou um golpe de estado. O imperador Dom Pedro II, que estava no Rio de Janeiro, não afrontou ao golpe e foi comunicado de sua deposição. Deodoro da Fonseca assumiu o poder como presidente da nova República.

g) Exílio da Família Real: Dom Pedro II e sua família foram enviados ao exílio na Europa e nunca mais retornaram ao Brasil.

Conforme foi possível visualizar, da pequena síntese, a alteração do regime monárquico para o republicano não sobreveio devido a uma grande pressão popular, mas por movimentos perpetrados pelas

elites insatisfeitas, dentre elas, os militares. O início da República no Brasil foi caracterizado por muita instabilidade política, com diversas mudanças Constitucionais e revoltas por todo o país.

O período republicano brasileiro, perdura até os dias atuais, contudo, dada a complexidade da história brasileira, de acordo com determinados fatos, a República brasileira pode ser dividida da seguinte forma: Primeira República ou República Velha (1889-1930); Era Vargas (1930-1945), o qual pode ainda ser subdividido em: Governo Provisório e Constitucional de Vargas (1930-1937) e Estado Novo (1937-1945); Quarta República (1945-1964); Ditadura Militar (1964-1985); Nova República (1985-até os dias atuais).

No período da Primeira República, foi promulgada a Constituição de 1891, A Constituição de 1891, primeira após a Proclamação da República no Brasil, trouxe uma série de inovações jurídicas, refletindo a mudança de paradigma de monarquia para república e as influências liberais do período. Aqui estão algumas das principais inovações:

a) Federalismo: Organizou o Brasil como uma federação, concedendo ampla, mas não irrestrita, autonomia aos Estados. Cada estado podia ter sua própria Constituição e leis, desde que não contrariassem a Constituição Federal; b) Separação dos Poderes: Reafirmou a tripartição dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), cada um com suas funções específicas, em regime de freios e contrapesos; c) Presidencialismo: Instituiu o sistema presidencialista de governo, no qual o Presidente é o chefe do Executivo e de Estado e é eleito de forma direta pelo povo; d) Secularização do Estado: Proclamou o Estado como laico, estabelecendo a separação entre Igreja e Estado, já que no Império o catolicismo era a religião oficial do Brasil; f) Direitos e Garantias Individuais: A Constituição robusteceu os direitos e garantias

individuais, a exemplo da liberdade de expressão, de associação e o direito à propriedade, assim como o *habeas corpus*. A Constituição de 1891, não previu nenhum outro remédio constitucional aos direitos e garantias individuais, além do *habeas corpus*. Assim,

> *[...] o tempo e a prática judiciária evidenciaram a carência de instrumentos para defesa de inúmeros direitos. A consequência foi uma reinterpretação do instituto do habeas corpus decorrente dos esforços doutrinários e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando origem à doutrina brasileira do habeas corpus, que conferiu, em nossa terra, ao antigo instrumento processual inglês, maior extensão. Segundo alguns, a maior do mundo. A razão disso estava na redação original do art. 72, § 22, da Constituição de 1891 que dizia, "dar-se-á habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder". Como se pode notar, o referido dispositivo não fazia nenhuma remissão ao direito de ir e vir, nem à liberdade de locomoção. Também não falava em prisão, constrangimento corporal, em liberdade física propriamente dita. Somando-se a isso a presença das expressões coação, ilegalidade e abuso de poder, construiu-se a tese da utilização desse writ em todas essas hipóteses, independentemente da presença de um constrangimento físico direto. Essa tese, que ficou conhecida como a Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, encontrou em Ruy Barbosa ardoroso defensor. Segundo ele, "não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas corpus" (SENADO FEDERAL, [19 -- ?]). Ruy defendia a utilização do habeas corpus em todas as hipóteses. Para ele, não se tratava de uma mera interpretação do texto constitucional. Antes, o legislador constituinte havia, de fato, agido intencionalmente, dando ao instituto do habeas corpus conotação ampla, tornando-o instrumento de defesa contra todos os abusos e ilegalidades.*[58]

g) Fim do voto censitário: Instituído pela Constituição anterior, vigeu por todo o império. Com a Constituição de 1891, o voto foi aberto a todos os cidadãos do sexo masculino, sem a necessidade de comprovar uma renda mínima, embora ainda houvesse restrições, ou seja, nesse momento, ainda não era universal. Não podiam votar, as mulheres, os analfabetos, os mendigos, o que retirava o direito ao voto de uma grande parte da população brasileira;[59] h) Regime bicameral: Organizou o Congresso Nacional arranjado por duas casas: a Câmara dos Deputados (representando o povo) e o Senado Federal (representando os estados); i) Fim da vitaliciedade do cargo

de Senador: Os senadores, que antes, sob o regime monárquico, eram vitalícios, começaram a ter mandatos de nove anos, sendo um terço deles renovado a cada três anos; i) Estabelecimento de mandatos estáveis: Tanto o presidente quanto o vice-presidente passaram a ter mandatos de quatro anos, sem direito a reeleição consecutiva; j) Autonomia do Poder Judiciário: Foi garantida máxima independência ao Judiciário, e o STF (Supremo Tribunal Federal) foi consolidado como corte máxima do país. O decreto de criação do STF é datado de 26 de fevereiro de 1891;

As inovações trazidas pela Constituição de 1891 representaram um momento crucial na história jurídica do Brasil, solidificando a República e os princípios federativos e liberais que caracterizariam o país por décadas seguintes e influenciariam a legislação constitucional e infraconstitucional que se seguiriam.

Durante esse período, houve a adoção do Tribunal do Júri para os crimes dolosos contra a vida. É certo, porém, que o Júri foi estabelecido entre nós por meio de um decreto em 1822, pelo Império, inicialmente com foco exclusivo em crimes relacionados à imprensa. De forma interessante, a Constituição de 1824 ampliou o escopo do Júri para abranger questões cíveis, embora essa função nunca tenha sido realmente executada. As constituições subsequentes continuaram a reconhecer e valorizar o Júri como uma parte integrante do Poder Judiciário. Embora a Constituição de 1937 não tenha mencionado explicitamente o Tribunal do Júri, a introdução do Decreto-lei 167 em 1938 confirmou a importância e necessidade dessa instituição democrática no sistema constitucional daquela época.[60]

Como já mencionado anteriormente, com a Proclamação da República em 1889, a maioria dos estados começou a adotar suas legislações processuais próprias, já que o federalismo havia sido

implantado. Todavia, o estado de São Paulo decidiu manter o Código de Processo Penal do Império. Assim, houve a vigência do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de 1832 durante grande parte desse período da nossa história.

Durante o período da República Nova (1930-1945), duas Constituições entraram em vigor: a de 1934 e a de 1937.

Esse momento histórico tem início com a Revolução de 1930 e o governo de Getúlio Vargas, abrangendo o Governo Provisório, a promulgação da Constituição de 1934.

A Constituição de 1934 manteve muitas estruturas da anterior, como a separação de poderes, sistema presidencialista e regime democrático-representativo, mas trouxe inovações significativas. Entre elas, destacam-se: a concessão do sufrágio feminino, a introdução de Conselhos Técnicos e órgãos cooperativos nas funções governamentais, o reforço do Poder Executivo com expansão das condições para decretar estado de sítio, a manutenção do mandato presidencial de quatro anos sem reeleição e a eliminação do cargo de Vice-Presidente. Além disso, a nova Carta instituiu a Justiça do Trabalho para resolver conflitos entre empregados e empregadores, atendendo às demandas dos trabalhadores.[61]

O projeto constitucional de 1934, apesar de progressista em direitos sociais, não se consolidou na prática brasileira devido ao golpe dado por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937. Isso levou à substituição autoritária dessa Constituição pelo Estado Novo apenas três anos após sua promulgação. Uma das razões para sua queda precoce foi a presença de princípios opostos, tornando difícil definir um projeto político dominante para o Brasil.[62] Assim, o Estado Novo (1937-1945) com sua Constituição de 1937, conhecida como a “Polaca”, por ser fortemente inspirada na constituição autoritária da Polônia, foi implantado.

Os ideais fascistas se alastravam no Brasil, contaminando a legislação, entre ela o vindouro Código de Processo Penal, e a política. A AIB (Ação Integralista Brasileira), comandada por Plínio Salgado, pleiteava "um Estado integral, autoritário, nacionalista e anticomunista. O slogan da AIB – 'Deus, Pátria e Família' – sintetizava seus princípios conservadores"[63].

O atual Código de Processo Penal foi estabelecido pelo Decreto-lei n. 3.689 de 1941, também, no mesmo ano, entrou em vigor o Decreto-lei n. 3.931, de 11 de dezembro 1941, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal. sob a Constituição de 1937, a qual inaugurou o Estado Novo após um golpe de Getúlio Vargas. Essa Constituição teve inspiração nazifascista, refletindo o contexto mundial pré-Segunda Guerra e o autoritarismo da época no Brasil. A estrutura do Código de Processo Penal foi influenciada pelo Código Rocco italiano dos anos 30, evidenciando a importância de entender o contexto histórico ao analisar o processo penal brasileiro.[64]

Conforme disposição da Constituição da República de 1937, a qual atribuiu ao chefe do executivo federal a competência para elaborar os projetos de lei, frustrando o papel do legislativo no decorrer do Estado Novo. O Ministério da Justiça, comandado por Francisco Campos, "tornou-se a central legislativa do novo regime"[65]. Sendo assim, sob o comando de Campos o Código Penal de 1940, foi elaborado sob a influência autoritária e da defesa social.

O Código Penal de 1940, Decreto-lei 2848 de 07 de dezembro de 1940, introduziu o sistema vicariante, no qual a medida de segurança e a pena não podem ser cumuladas. Em 1984 a parte geral (arts. 1º ao 120) do CP/1940 foi substituída pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Além dessa reforma, o CP sofreu inúmeras alterações, com as quais segue em vigor até os dias atuais.

Como Ministro da Justiça, Francisco Campos, o mesmo que redigiu a Constituição de 1937, foi o relator do projeto do Código de Processo Penal, apresentou a orientação ideológica do então novo CPP: "O futuro da democracia depende do futuro da autoridade. Reprimir os excessos da democracia pelo desenvolvimento da autoridade será o papel político de numerosas gerações."[66]

Nesse sentido, o Código de Processo Penal de 1941, estabeleceu a figura do juiz como elemento central do processo, expressando o modelo inquisitivo, o qual, buscava uma verdade "real", de fato, o sentido inquisitório do processo penal enfatizava essa busca incessante pela verdade, reconhecida nesse momento histórico como "verdade autoritária"[67]. Reafirmou institutos como o *habeas corpus* e estabeleceu o inquérito policial como fase pré-processual.

Sendo um modelo inquisitivo, na busca dessa verdade, "a gestão da prova é confiada ao magistrado, que é senhor do processo, na medida em que o papel das partes é reduzido ao mínimo necessário para que justifique sua existência".[68]

Ambos os códigos de 1940 e 1941, apesar de sancionados no período da República Nova, tiveram sua vigência estendida bem além desse período e fundamentam, até hoje, grande parte do sistema penal e processual penal brasileiro, após inúmeras reformas que tentam adaptar CP e o CPP ao modelo da Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988 foi um marco na história do processo penal brasileiro, do direito como um todo, estabelecendo direitos e garantias fundamentais, apresentando direitos individuais, mas também sociais e coletivos.

Desde então, há uma tendência de consolidação do sistema acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar são

claramente separadas, garantindo-se maior justiça e transparência ao processo. Nos últimos anos, o debate jurídico no Brasil tem buscado aprimorar o sistema processual penal para torná-lo ainda mais justo, garantindo direitos fundamentais e assegurando uma persecução penal eficaz, especialmente com o fim de tornar o processo penal acusatório, eliminando os abusos típicos do sistema inquisitivo.

Historicamente, o Processo Penal, conforme foi possível perceber, ainda que de maneira resumida, esteve mais alinhado a sistemas autoritários do que democráticos, privilegiando o modelo inquisitivo e colocando interesses da sociedade acima das garantias individuais. Entretanto, a integração dos princípios constitucionais ao direito, especialmente nas últimas décadas do século passado, exigiu uma transformação profunda nos valores do Processo Penal. O que antes tinha um viés totalitário, passou a adotar um enfoque acusatório e democrático, transformando o processo em uma salvaguarda para o réu. No Brasil, essa transição é desafiadora, dada a natureza autoritária da legislação, herança do Estado Novo de Getúlio Vargas. Contudo, a Constituição Federal de 1988 introduziu inúmeras garantias individuais no Processo Penal, muitas delas em desacordo com o estabelecido no Código de Processo Penal[69], razão pela qual as reformas tentaram adaptar o texto normativo o sistema de direitos e garantias preconizados pela CF/88.

Nesse sentido, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro passou por várias reformas. Assim, diversas leis alteraram o CPP, refletindo mudanças na sociedade e no entendimento jurídico brasileiro. Seguem algumas das mais relevantes alterações no CPP e suas principais características:

I. Lei nº 9.099/1995. Instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais:
- Simplificou o processo para infrações de menor potencial ofensivo.
- Introduziu a transação penal e a suspensão condicional do processo.

II. Lei nº 10.792/2003: Alterações no regime disciplinar do sistema penitenciário:
- Modificou dispositivos relacionados à prisão, medidas cautelares e liberdade.

III. Lei nº 11.343/2006: Nova Lei de Drogas:
- Alterou o procedimento para os crimes definidos como de tráfico de drogas, impondo procedimento especial.

IV. Lei nº 11.689/2008, Lei nº 11.690/2008 e Lei nº 11.719/2008: Constituem o que se chama de "Reforma Tópica"[70] ou "Global" do CPP:
- Alteraram respectivamente o procedimento do júri, a prova no processo penal e o procedimento comum, trazendo significativas mudanças no rito processual penal.

> *O escopo da reforma foi de modernizar o processo penal, com base nos seguintes fundamentos: 1) fortalecimento do sistema acusatório; 2) reforço às garantias do acusado; 3) celeridade; 4) efetividade na busca da prestação jurisdicional; 5) revalorização do papel da vítima.*[71]

V. Lei n. 12.403/2011: Alterou o sistema de prisões e medidas cautelares:
- Introduziu novas medidas cautelares alternativas à prisão, como o monitoramento eletrônico e a proibição de frequentar determinados lugares, a fim de tornar a prisão cautelar a última escolha do juiz.
- Limitou o uso da prisão preventiva.

VI. Lei n. 12.850/2013: define a organização criminosa e dispõe sobre sua investigação criminal:

- Passou a tratar de forma mais detalhada o instituto de colaboração premiada (embora já existisse previsões legais anteriores)

VII. Lei nº 12.830/2013: Disciplina a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia:

- Institui autonomia à autoridade policial no âmbito da investigação no âmbito do Inquérito Policial.

> *[...] não veda que investigações criminais sejam conduzidas por outros órgãos. Isso porque este dispositivo deverá ser interpretado sistematicamente com o art. 4º, caput e parágrafo único, do CPP, que continuam em vigor. Assim, a correta exegese do § 1º é a de que o Delegado de Polícia é a autoridade policial, de forma que, no inquérito policial e nos demais procedimentos de investigação realizados pela polícia, é ele o responsável pela condução. Em suma, a Lei confirma aquilo que a doutrina já ensinava: é possível a investigação realizada por meio de outros órgãos, no entanto, a presidência do inquérito policial (ou de outros procedimentos investigatórios da polícia) é incumbência do Delegado de Polícia.*[72]

VIII. Lei nº 13.245/2016: Altera o Estatuto da Advocacia em relação ao direito do advogado de examinar autos de inquéritos:

- Garante amplo acesso dos advogados aos autos de inquérito policial, mesmo sem procuração. Nesse sentido, também a Súmula Vinculante n. 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.*

IX. Lei nº 13.964/2019: Pacote anticrime:

- Instituiu o juiz das garantias, que atua até a aceitação da denúncia. O resultado do julgamento, pelo STF, das quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) que questionavam alterações no

Código de Processo Penal (CPP) pelo Pacote Anticrime (Lei 13964/2019), entre elas a criação do juiz das garantias, foi proclamado no dia 24 de agosto de 2023. Dentre os pontos do julgamento, os Ministros da Suprema Corte entenderam pela constitucionalidade do juiz de garantias e concedeu prazo de 12 meses, prorrogável por mais 12 meses, a partir da publicação da ata do julgamento, a fim de serem adotadas medidas legislativas e administrativas necessárias ao ajuste das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo território brasileiro, conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

- Alterou diversos dispositivos, como os relacionados à legítima defesa, prisão após condenação em segunda instância e acordo de não persecução penal.

A apresentação das alterações legislativas foi realizada a título de conhecimento das modificações históricas do sistema processual, debates mais profundos serão realizados quando da realização das discussões doutrinárias referentes a cada tema.

2.2.3 Principais marcos e transformações no processo penal ao longo do tempo

O processo penal, como componente do sistema jurídico, tem uma história rica e evoluiu ao longo do tempo em resposta às mudanças sociais, políticas e culturais. A tabela abaixo apresenta uma visão geral e extremamente resumida dos principais marcos e transformações no processo penal ao longo do tempo, considerando uma perspectiva global:

Período/Época	Características

Período/Época	Características
Direito Romano e Grego (Antiguidade)	- Sistema acusatório inicialmente. - Transição para sistema inquisitório sob influência imperial.
Idade Média	- Domínio do sistema inquisitório. - Utilização da tortura para obter confissões. - Sistema de valoração da prova: legal ou tarifada73
Iluminismo (séculos XVII e XVIII)	- Críticas ao sistema inquisitivo e à tortura. - Influência da obra “Dos Delitos e das Penas”. - Revolução Francesa74
Século XIX	- Sistema misto surgindo em vários países. - Codificação de regras e procedimentos.
Século XX	- Impacto dos direitos humanos pós-Segunda Guerra Mundial. - Surgimento de Tribunais internacionais como o TPI.
Século XXI	- Cooperação internacional contra crimes transnacionais - Impacto da tecnologia no processo penal.
Desenvolvimentos Recentes em Vários Países	- Reformas para garantir direitos de defesa e limitar prisão preventiva. - Foco em direitos das vítimas e métodos alternativos de resolução de conflitos.75

Conforme foi possível vislumbrar, o direito processual penal, sendo uma parte do direito como um todo, continua a evoluir, adaptando-se às novas realidades e desafios da sociedade que busca regular. De tal modo, acaba refletindo mudanças na maneira como as sociedades veem a justiça, os direitos dos acusados e as necessidades das vítimas, estando em constante modificação e se tornando mais complexo, assim como a sociedade atual.

Assim é que a história do processo penal moldou a forma como os sistemas judiciais contemporâneos abordam a justiça criminal. Esta evolução, que se estende por milênios, deixa legados claros nas estruturas e práticas modernas. Aqui estão alguns dos reflexos mais evidentes da história do processo penal na atualidade:

I. **Presunção de Inocência**: Originada nos ideais do Iluminismo e concretizada por documentos internacionais

de direitos humanos, a ideia de que todo acusado é inocente até que se prove sua culpa por meio de um processo penal que lhe assegure a ampla defesa e o contraditório, é um pilar dos sistemas jurídicos modernos.

II. **Direitos do Acusado:** A preocupação com os direitos dos acusados, influenciada principalmente pelas críticas ao sistema inquisitório e pelos ideais iluministas, se reflete em garantias como o direito a um advogado, direito ao silêncio e direito a um julgamento justo e imparcial. De fato, trata-se de colocar a pessoa como sujeito de direitos e não como objeto de um processo (como o sistema inquisitivo busca fazer).

III. **Participação da Vítima:** As vítimas desempenham um papel mais relevante nos sistemas judiciais contemporâneos. Esta inclusão é consequência de reconhecimentos atuais sobre a importância de tratar as vítimas com dignidade e permitir que elas tenham voz no processo, buscando com isso, a reparação do dano, quando possível, e evitar a vitimização secundária[76].

IV. **Métodos Alternativos de Resolução dos Conflitos:** A busca histórica por sistemas judiciais mais justos e eficientes trouxe métodos alternativos como a mediação e a justiça restaurativa, que focam na reparação do dano e na reabilitação do ofensor, sem ter que segrega-lo ao cárcere. Tal escolha parte da constatação da falência da pena privativa de liberdade como meio capaz reabilitar o condenado e como tal evitar que volte a delinquir, sabe-se que, ao contrário, os locais em que tais penas são cumpridas tornam-se verdadeiras “máquinas” de produzir

pessoas que voltam a delinquir. Nesse sentido, a pena de prisão deve ser a última escolha do sistema penal.

V. **Cooperação Internacional:** A criação de tribunais internacionais, como o TPI, e o desenvolvimento de tratados de extradição ou de cumprimento de pena sentenciada por Estados estrangeiros, por exemplo, são reflexos de uma consciência crescente sobre a natureza transnacional de certos crimes e a necessidade de cooperação entre Estados.

VI. **Tecnologia e Direitos:** Assim como em séculos anteriores, quando novos métodos de investigação e prova foram inseridos, atualmente a tecnologia (DNA, reconhecimento facial, vigilância digital, inteligência artificial) desempenha um papel extraordinário na produção probatória. No entanto, também surgem preocupações sobre privacidade e direitos civis, levando a novos debates e necessidade de regulamentação.

VII. **Novas configurações criminais:** Os crimes sempre evoluíram ao longo da história (por exemplo, o reconhecimento dos crimes contra a humanidade após a Segunda Guerra Mundial), hoje há em produção novas categorias de crimes, como exemplo, os ciberdelitos, que exigem adaptações no processo penal e regulamentação sobre qual é o local do crime.

VIII. **Desafios do Sistema Inquisitório:** Ainda que muitos países tenham se movido formalmente para sistemas acusatórios, como é o exemplo das recentes alterações legislativas ocorridas no processo penal brasileiro, resquícios do sistema inquisitório podem ser encontrados em práticas e mentalidades, de maneira que o sistema

acusatório e o equilíbrio entre proteger a vítima e/ou a sociedade e o direito do acusado, deve estar em constante vigilância pelos juristas e pela própria sociedade a fim de que a democracia seja constantemente fortalecida.

Em conclusão, a história do processo penal não é apenas uma narrativa dos fatos ocorridos no passado, mas uma extensão viva que molda a maneira como a justiça é compreendida atualmente. As lições aprendidas, os erros cometidos e os ideais cultivados ao longo dos séculos informam e desafiam as práticas contemporâneas, à medida que as sociedades continuam a refinar sua busca por justiça e mostram quais práticas não devem ser repetidas, especialmente a fim de não repetir horrores típicos de Estados autoritários.

---

1 Nesse sentido, também: FREDERICO MARQUES. **Tratado de direito processual penal**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

2 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1.

3 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 51.

4 MARQUES, Frederico. **Tratado de direito processual penal**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 23.

5 ABADE, Denise Neves. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1

6 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 55.

7 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 26.

8 FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. **Direitos humanos fundamentais**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 146.

9 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 23.

10 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 27.

11 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 27.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 580.

13 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 623.

14 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 623.

15 PACELLI, Eugênio **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 248.

17 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 28.

18 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 28.

19 ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal**, Madrid, Aguilar, 1960, p. 200.

20 TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**, vol. 1. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 1977, p. 47.

21 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 29.

22 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 29.

23 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 26.

24 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

25 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

26 REIS, Anna Carolina Gomes dos... [et al.]. **Teoria geral do processo penal** [recurso eletrônico]; revisão técnica: Vinícius Mauat. Porto Alegre: SAGAH, 2021, p. 14.

27 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal :** parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 42.

28 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

29 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal,** vol. 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

30 MENDES JÚNIOR, João. **O processo criminal brasileiro**. 3a. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

31 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 126.

32 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 126.

33 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 44.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 126; MENDES JÚNIOR, João. **O processo criminal brasileiro**. 3a. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de

Souza, 1920.

35 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 44.

36 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 44.

37 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 44.

38 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 31.

39 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual pena**l. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 126; MENDES JÚNIOR, João. **O processo criminal brasileiro**, v. 1 e 2, 3a. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

40 CASTRO E SILVA, Anderson Moraes de. **A punição no novo mundo**: a constituição do poder punitivo no Brasil colonial. Revista Perspectivas Sociais. Pelotas, Ano 1, N. 1, p. 16-30, março/2011

41 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 126; MENDES JÚNIOR, João. **O processo criminal brasileiro**, v. 1 e 2, 3a. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

42 CASTRO E SILVA, Anderson Moraes de. **A punição no novo mundo**: a constituição do poder punitivo no Brasil colonial. Revista Perspectivas Sociais. Pelotas, Ano 1, N. 1, p. 16-30, março/2011

43 CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001; RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014; HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1995; FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: Global, 2019.

44 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 126;

MENDES JÚNIOR, João. **O processo criminal brasileiro**, v. 1 e 2, 3a. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

45 PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

46 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 131

47 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 131; MENDES JÚNIOR, João. **O processo criminal brasileiro**, v. 1 e 2, 3a. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

48 PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

49 PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 151; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

50 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

51 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 132.

52 BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002; IGLÉSIAS, Francisco. **Trajetória política do Brasil**, 1500-1964. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

53 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Vol I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 101.

54 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 132.

55 COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 6.ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999, p. 15.

56 COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 6.ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999, p. 326.

57 DE PAULA, Antonio Pereira. Brasil. **De Monarquia Unitária a República Federativa**. TCC de pós-graduação lato sensu Especialização em Ciência Política. Universidade do Legislativo Brasileiro e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasí;ia-DF, 2008, p. V.

58 SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008, p. 76

59 CARVALHO, José Murilo de. República, democracia e federalismo Brasil, 1870-1891. **Varia História**, Belo Horizonte, v. 27, n. 45, p. 141-157, jun. 2011. Disponível em: https://bit.ly/3dyYfEP. Acesso em: 20 jun. 2022.

60 TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do Júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira, coord. Rogério Lauria Tucci, São Paulo: RT, 1999

61 SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

62 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de Saõ Paulo, 2001.

63 DOMINGUES, Petrônio. Constantemente derrubo lágrimas: o drama de uma liderança negra no cárcere do governo Vargas. **TOPOI**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 14, p. 146-171, jan.-jun. 2007.

64 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

65 NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Scielo Analytics**. Florianópolis, n.74 Sept./Dec. 2016.

66 CAMPOS, Francisco. **Democracia e Unidade Nacional**. In: CAMPOS, Francisco. Antecipações à Reforma Política. Rio de Janeiro: J. Olympo. 1940, p. 3-13

67 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura; seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 177.

68 SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan - fev. 2015, p. 271

69 KNOPFHOLZ, Alexandre. A necessária – e já tardia – constitucionalização do processo penal. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil.** Seção do Paraná; Escola Superior de Advocacia; v.2, n.2 (ago. 2017). Curitiba: OABPR, 2017. 308 p.

70 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

71 ISHIDA, Válter Kenji. A reforma processual penal de 2008 e a modernização da administração pública: uma análise de sua eficácia após mais de três anos de alterações legais do código de processo penal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.** V 1, 2012, p. 270.

72 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida por Delegado de Polícia**. Dizer o Direito, 2013. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2013/06/comentarios-lei-128302013-investigacao.html Acesso em 21 de agosto de 2023.

73 No sistema inquisitivo o réu não como sujeito de direitos, mas objeto do processo. Assim, ao interpretar a prova, o juiz era vinculado ao sistema da prova legal ou Tarifada, no qual há uma hierarquia pré-determinada entre as provas. A confissão, portanto, era tida como a "rainha das provas", essa é a razão pela qual a tortura para obter confissão é típica desse sistema.

74 A eclosão da Revolução Francesa ocorreu, em grande parte, inspirada nos ideais do Iluminismo e motivada pela situação de crise que a França vivia no final do século XVIII.

75 Uma das mais importantes inovações alteradoras do Código de Processo Penal (CPP), foi inserida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), é o acordo de não persecução penal, o qual pode ser conceituado como uma forma de negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (MP, ou seja, titular da ação penal pública) e o investigado, assistido por seu defensor público ou advogado. As partes negociam

cláusulas a serem adimplidas pelo investigado, que, ao término, será beneficiado pela extinção da punibilidade.

76 Vitimização secundária é objeto de estudo da criminologia. Enquanto a vitimização primária consiste no dano suportado pela vítima em decorrência da prática criminosa que sofreu e, portanto, varia de acordo com a natureza do fato delituoso, podendo ter reflexos patrimoniais, físicos e/ou psicológicos. Na vitimização secundária, também denominada de sobrevetimização ou revitmização, ocorre no âmbito de atuação formal do Estado. É decorrente do sistema de justiça criminal e de seus respectivos órgãos (delegacias, Ministério Público etc), trata-se do sofrimento infligido à vítima decorrente da intervenção do sistema legal, isso se dá quando, durante uma investigação ou processo penal, não se respeitam os direitos básicos das vítimas de crimes. Por fim, a vitimização terciária acontece no contexto do grupo familiar ou social, no qual a vítima está inserida. Após sofrer um fato criminoso, especialmente os crimes contra a dignidade sexual, a vítima pode enfrentar afastamento, comentários negativos e atitudes humilhantes por parte das pessoas de seu convívio social e até mesmo com grau de parentesco. A vitimização terciária, portanto, trata-se desse processo de "estigmatização" suportado pela vítima em seu círculo mais íntimo após ter sofrido o crime.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Inicialmente, antes de adentrar aos aspectos atinentes aos sistemas processuais penais, é conveniente a explicação do que é um sistema.

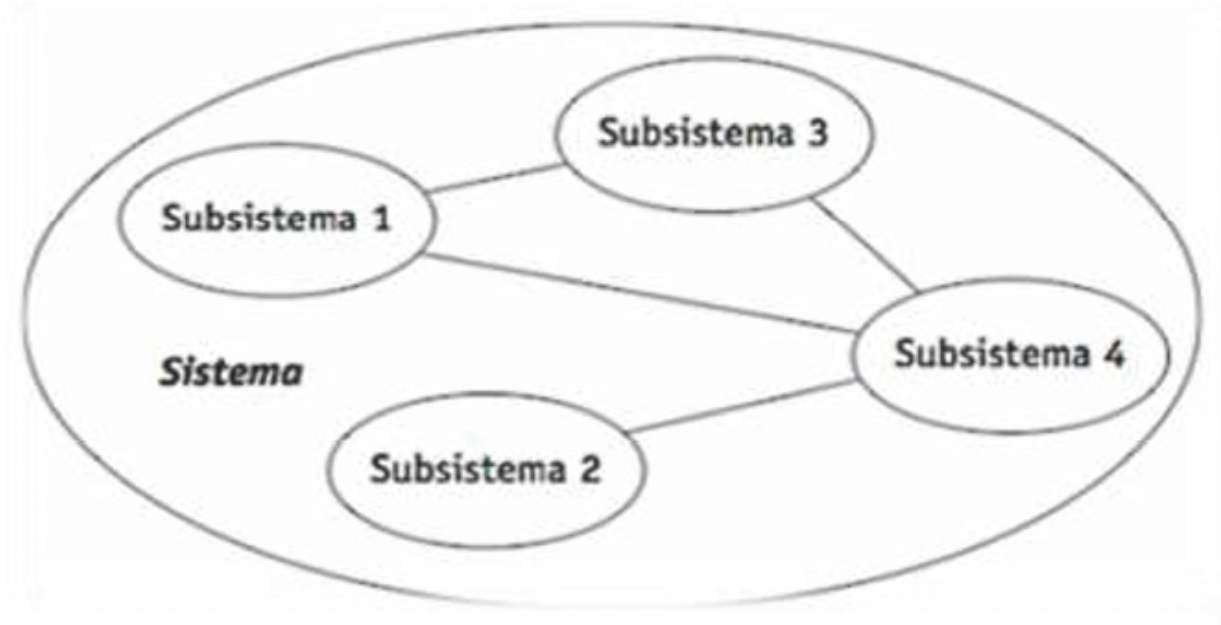
De fato, o conceito de "sistema"[77] é extenso e perpassa por múltiplas áreas do conhecimento. A palavra sistema (*systema*) tem origem conhecida na antiguidade clássica, momento em que designava determinada quantia de elementos compreendidos em sua totalidade, ou seja, partes distintas de um mesmo corpo, um conjunto que compunha uma unidade. O uso atual e mais comum que se faz da palavra, nas Ciências Sociais, nomeia de forma genérica "a existência de conexões e relações de interdependência entre as ocorrências sociais".[78]

Na conjuntura da ciência entendida de uma forma geral, um sistema é comumente compreendido como um conjunto organizado de partes inter-relacionadas ou componentes que trabalham juntas como uma entidade para conseguir um objetivo ou um conjunto de objetivos.

A compreensão sistêmica[79], assim, surge como uma nova maneira de pensar, a qual tem seu uso ampliado no século XX, e se confronta ao pensamento linear, característica do mecanicismo[80], cujo legado é oriundo da revolução científica do século XVII, e tem autores como Descartes, Francis Bacon e Newton.

A figura abaixo, retirada de Martinelli, apresenta a inter-relação, a necessidade de pensamento transdisciplinar, a fim de que se compreenda o todo:

Figura 1 - Esquema representativo de um sistema



Fonte: Martinelli, 2012, p. 16[81]

A partir das ideias introdutórias sobre a teoria sistêmica[82] apresentadas nos parágrafos anteriores cujo intuito é tão somente apresentar a concepção sistêmica, sem adentrar em suas diversas teorias e autores, ou seja, compreender a ideia de sistema e, da mesma forma, o direito como uma ciência social que deve ser compreendida, também, levando-se em consideração o todo e as diversas ciências que se relacionam com a ciência jurídica.

Tem-se, portanto, que a partir da análise de todos os conceitos apresentados, a compreensão que se tem é que "há algo presente em todos: falar em sistema significa falar na ordenação de elementos por meio de algo que conduza o todo. Esse fio condutor é que dará a necessária coerência" a fim de que se perceba algo como sistema.[83]

Genericamente e sinteticamente raciocinando, o direito é um conjunto organizado de princípios, legislação e jurisprudência, cujas partes (diversas disciplinas) são inter-relacionadas, ou seja, não há aplicação do processo penal, sem interpretar tais normas de acordo

com o direito constitucional. Assim, o direito deve harmonizar-se entre si, a fim de alcançar seu escopo primordial: regular as condutas humanas a fim de garantir a maior pacificação social possível.

Portanto, ao entender o Direito como um sistema, é razoável que ocorra, por parte dos juristas e estudantes de direito, uma análise que leve em consideração a interdependência e a complexidade dos vários componentes do direito, assim como a forma em que elas atuam em conjunto para compor um todo coeso, a fim de garantir que a estrutura do direito opere eficazmente como um mecanismo regulador da sociedade.

Avançando um pouco mais no tema, especificamente no que diz respeito ao direito processual penal, é importante ter em mente que ao estudar o sistema processual penal, é essencial estabelecer as diretrizes interpretativas sobre a legislação e lembrar que ela precisa ser examinada com fins de harmonizar as normas dentro desse sistema, especialmente, diante da origem do Código Processual Penal Brasileiro, a qual é, conforme já mencionado, anterior à Constituição Federal de 1988 e teve sua base de elaboração no autoritarismo.

Essa necessidade surge, de acordo com Guilherme Madeira Dezem[84], por duas razões, conforme explicação nos parágrafos que seguem.

Primeiramente, é crucial lembrar que o Código de Processo Penal foi instituído em 24 de outubro de 1941. Desde essa data, o sistema jurídico brasileiro passou por substanciais mudanças, principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Apesar das alterações provocadas pela Constituição, o Código de Processo Penal não passou pela revisão necessária. Como resultado, surgem diversos questionamentos sobre a concordância das normas

desse Código com o estabelecido pela Constituição, cabendo ao Supremo Tribunal Federal harmonizar a interpretação do CPP com a CF/88.

Em segundo plano, é imperioso observar a ampla quantidade de leis presentes em nosso sistema jurídico e o impacto da globalização. Em razão da quantidade de normas alteradoras do CPP, algumas delas alteram a essência sem necessariamente mudar sua redação. Um exemplo disso é a Lei 9.099/1995, concernente aos Juizados Especiais Criminais, e o já mencionado Pacote Anticrime. Nesse cenário, em que as normas parecem colidir dentro do mesmo código normativo, cabe à doutrina e à jurisprudência o constante desafio de interpretar e aplicar as leis de maneira harmônica.

Nesse sentido que Alberto M. Binder leciona que:

> *Uma correta interpretação de qualquer sistema processual penal é aquela que destaca precisamente o grau de síntese que alcançou a relação entre essas duas tendências básicas por meio das instituições ou dispositivos culturais próprios de uma sociedade e de um tempo determinados*[85]

Portanto, ao mencionar a palavra sistema, há referência à organização de componentes guiados por um princípio unificador (parte que compõe o todo e mantém a unidade). Esse princípio é essencial para conferir a coesão que caracteriza algo como um sistema e essa ideia que será apresentada nos próximos parágrafos ao apresentar os sistemas processuais penais.

O princípio central ou norteador é aquele que entrelaça, que une os elementos previstos no sistema, bem como evita antinomias. Por meio da perspectiva do sistema, é possível que se realize a interpretação dos variados institutos e do comportamento dos participantes do processo, especialmente os juízes.[86]

No contexto do direito comparado, é possível identificar três tipos de sistemas processuais (ou configurações dos processos

penais): o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto. Nessa linha de raciocínio, que Aury Lopes Jr. propõe pensar a Jurisdição a partir do lugar do juiz no sistema processual, "tendo como pano de fundo para essa compreensão o estudo dos Sistemas Processuais Penais Inquisitório, Acusatório e o desvelamento da insuficiência conceitual do chamado 'sistema misto'"[87].

Nas linhas abaixo serão apresentadas as características de cada sistema e qual é o sistema adotado pelo Brasil, obviamente que tais discussões não são unânimes, razão pela qual serão apresentadas posições doutrinárias, majoritárias e minoritárias, assim como a posição do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

3.1 O sistema acusatório

Inerente aos regimes democráticos, o sistema acusatório se destaca pela completa separação das funções de acusar, defender e julgar, sendo atribuídas a diferentes atores processuais. A denominação "acusatório" se dá devido à sua essência, eis que nenhuma pessoa pode ser levada à julgamento sem que haja uma acusação que apresente de forma detalhada o fato ilícito imputado juntamente com todas as suas circunstâncias. Isso ocorre especialmente para garantir o direito à ampla defesa, já que só é possível defender-se se houver uma acusação clara e inequívoca perante um juiz imparcial.

De fato, o sistema acusatório no processo penal é uma das colunas fundamentais das democracias modernas, com suas origens traçadas em antigas civilizações. Nesse sentido, importante a lição de Aury Lopes Jr:

> *A origem do sistema acusatório remonta ao direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do direito civil. No direito romano da Alta República surgem as duas formas*

do processo penal: cognitio e accusatio. A cognitio era encomendada aos órgãos do Estado – magistrados. Outorgava os maiores poderes ao magistrado, podendo este esclarecer os fatos na forma que entendesse melhor. Era possível um recurso de anulação (provocatio) ao povo, sempre que o condenado fosse cidadão e varão. Nesse caso, o magistrado deveria apresentar ao povo os elementos necessários para a nova decisão. Nos últimos séculos da República, esse procedimento começou a ser considerado insuficiente, escasso de garantias, especialmente para as mulheres e para os que não eram cidadãos (pois não podiam utilizar o recurso de anulação) e acabou sendo uma poderosa arma política nas mãos dos magistrados. Na accusatio, a acusação (polo ativo) era assumida, de quando em quando, espontaneamente por um cidadão do povo. Surgiu no último século da República e marcou uma profunda inovação no direito processual romano. Tratando-se de delicta publica, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (accusator). Esse método também proporcionava aos cidadãos com ambições políticas uma oportunidade de aperfeiçoar a arte de declamar em público, podendo exibir para os eleitores sua aptidão para os cargos públicos.

Como notas características, destacamos:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes;

b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;

c) a adoção do princípio ne procedat iudex ex officio, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;

d) estava apenado o delito de denunciação caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais);

e) a acusação era por escrito e indicava as provas;

f) havia contraditório e direito de defesa;

g) o procedimento era oral;

h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.[88]

Assim, é possível compreender que, diferente do que possa imaginar o leigo, s sistema acusatório não tem origem após os ideais iluministas, mas tem suas origens no direito grego, no qual o povo participava diretamente tanto na acusação quanto no julgamento.

No direito romano da Alta República, havia duas formas de processo penal: *cognitio* e *accusatio*. A *cognitio* concedia amplos poderes aos magistrados, mas foi reconhecida com poucas garantias e tornou-se um instrumento político.

Já a *accusatio*, surgida no derradeiro século da República, autorizava que um cidadão acusasse, sendo uma novidade no direito processual romano e uma oportunidade para indivíduos exporem

habilidades públicas propendendo a cargos políticos. Determinadas qualidades desse sistema compreendem: juízes com atuação inerte; separação de funções de acusação e julgamento; processo ancorado em acusador legítimo; penalização por denúncias falsas; acusações escritas; garantia de defesa; procedimentos orais; e julgamentos públicos com decisões sem deliberação, ou seja, sem discussão.

É importante frisar que, ainda que o direito romano tenha experimentado múltiplos sistemas processuais no decorrer de sua história, o sistema acusatório também foi predominante por um longo período de tempo.

Durante a República Romana, o processo penal era majoritariamente acusatório, e os cidadãos tinham o direito de acusar e defender-se publicamente. No entanto, com a centralização do poder em Roma e o surgimento do período imperial, o sistema acusatório foi sendo gradativamente substituído pelo inquisitório, cujas características serão apresentadas no tópico seguinte.

> *O sistema acusatório inicialmente vigorou até o século XII, em Atenas e em Roma. Nesse período, foi objeto de críticas por dificultar a apuração da verdade e a condenação dos culpados. A partir do século XII, o sistema acusatório começou a ceder lugar ao sistema inquisitivo, que, paulatinamente, foi se fortalecendo até o século XIV, época em que ganhou impulso, principalmente por influência do direito canônico, e se espalhou pelas demais legislações de outros povos. Assim, a própria Roma, que conhecera o sistema anterior na fase republicana, na fase imperial adotou o sistema inquisitivo, o mesmo sucedendo com outros povos europeus.*[89]

Explica Norberto Avena que inerente dos regimes democráticos, o sistema acusatório tem como característica primordial a diferenciação "absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se 'acusatório' porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação", ou seja, é por meio dela que o fato imputado será narrado com todas as suas circunstâncias[90] e a partir disso, o acusado exercer o direito à ampla defesa.

O acusado, portanto, possui como pressuposto o direito ao contraditório e a ampla defesa, tendo, o réu, o direito de se manifestar após a acusação. A ação penal segue rigorosamente o procedimento determinado por lei, constituindo, em regra, os atos processuais públicos, salvo exceções legais, que visam proteger bens jurídicos como a intimidade da vítima, por exemplo.

A responsabilidade pela produção de provas recai sobre as partes, especialmente à acusação, que tem o dever de provar a imputação atribuída ao acusado, sem que o juiz tome o lugar delas (já que juiz não é parte processual, embora exista divergência sobre esse tema, como se verá em momento oportuno). Há uma garantia de equilíbrio entre acusação e defesa no processo, com iguais oportunidades de intervenção e acesso a meios de prova. Com base nas garantias constitucionais, por via de regra, o acusado responde ao processo em liberdade, salvo se evidências específicas justificarem sua prisão antecipada, a qual, frise-se não deve ser utilizada como meio de antecipar o cumprimento da pena. [91]

Sobre o tema, oportuna a lição de Renato Marcão:

> *Caracteriza-se pela irrenunciável repartição de funções entre órgãos distintos, de maneira que caberá ao Ministério Público (em regra, no nosso modelo processual) a função de acusar, porquanto titular do direito de ação na generalidade dos casos; a defesa deve ser efetiva e desempenhada por profissional habilitado (advogado ou Defensor Público); a presidência do processo e o julgamento final são da competência do Poder Judiciário, por seus Magistrados.*
> *Tem seu desenvolvimento delineado, dentre outros, pelos princípios da dignidade da pessoa humana; legalidade; oficialidade; juiz natural; devido processo legal; publicidade; igualdade processual; iniciativa das partes; ampla defesa; contraditório; verdade real; presunção de inocência; imparcialidade do juiz e fundamentação das decisões judiciais.*[92]

A partir do apresentado, é possível delinear as seguintes características do Sistema Acusatório:

a) Separação das Funções: Uma das fundamentais características do sistema acusatório é a necessidade de

haver nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Ao contrário do sistema inquisitivo, no qual o juiz pode ostentar um papel ativo produção probatória, no sistema acusatório o juiz tem um papel passivo, competindo às partes a responsabilidade de produzir as provas. Sobre esse tema, contudo, há uma divergência conceitual pela doutrina:

> *Na doutrina nacional, Rubens Casara e também Geraldo Prado diferenciam sistema acusatório de princípio acusatório. Enquanto o princípio acusatório possui um ponto que o diferencia do inquisitivo, o sistema acusatório possui mais de um ponto que o diferencia do sistema inquisitivo.*
> *Para os que fazem essa diferenciação, o princípio unificador que rege o princípio acusatório é a repartição democrática de poderes entre os sujeitos do processo, enquanto no inquisitivo não haverá esta repartição de funções.*
> *Essa especial atenção para a gestão da prova existe por conta da necessidade de afastar o julgador psicologicamente de qualquer interesse acusatório. Afasta-se assim aquilo que Rubens Casara chamou de acordo psicológico com a acusação.*[93]

Acerca da separação das funções de acusar, defender e julgar, já decidiu o STF que:

> *Agravo regimental no agravo regimental no habeas corpus. 2. Penal e Processo Penal. 3. Descaminho (art. 334, caput, do Código Penal). 4. Prisão preventiva decretada de ofício. Impossibilidade. O processo penal pressupõe a separação das funções de investigar, acusar e julgar para pessoas distintas. A consolidação de um sistema acusatório é elemento fundamental da dogmática processual penal, com a separação das funções de investigar, acusar e julgar. Trata-se de medida indispensável para efetividade da imparcialidade do Poder Judiciário. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental desprovido. (HC 191886 AgR-AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14-12-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-010 DIVULG 20-01-2022 PUBLIC 21-01-2022)*

b) Princípio da Igualdade: No sistema acusatório, a acusação e a defesa estão em posição de igualdade perante o juiz. Ambas as partes têm, ou deveriam ter, as mesmas possibilidades e direitos de apresentar seus argumentos e evidências e de manifestar-se processualmente.

c) Publicidade e Oralidade: Em regra, os processos no sistema acusatório são públicos e orais. As partes oferecem seus argumentos e provas verbalmente, e os procedimentos são abertos ao povo, assegurando transparência e escrutínio. Tal característica tem previsão no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal, que dispõe que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".[94]

d) Imparcialidade do Juiz/órgão julgador: No sistema acusatório, o juiz deve ser imparcial, sob a pena de nulidade processual, agindo apenas como um árbitro entre as partes. Ele não deve produzir provas de ofício e deve fundamentar sua decisão tão-somente nas evidências proporcionadas pelas partes no bojo processual. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos – a qual o Brasil é sujeito –, o artigo 8º ordena que toda pessoa tem o direito de ser ouvido por um "juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei". A previsão encontra-se no artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal: "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

Antes da Lei nº 13.964/2019, havia divergência na doutrina e jurisprudência, quanto à natureza do sistema adotado pelo processo penal brasileiro, tendo em vista, especialmente a origem do CPP autoritária e as mudanças inseridas, principalmente, em razão da promulgação da CF/88. No entanto, antes da mudança em 2019, já havia entendimento majoritário ser o sistema adotado pela CF/88 e como tal a ser seguido pelo CPP, o acusatório:

> *A afirmação de que o sistema brasileiro é o acusatório assenta-se no artigo 129, I, da Constituição Federal: por esse artigo, temos que a titularidade da ação penal é exercida pelo Ministério Público.*

> *[...] De nossa parte, acompanhamos o posicionamento do STF e de autores como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Fauzi Hassan Choukr, Geraldo Prado, e entendemos que o sistema processual efetivado por meio da Constituição Federal e dos tratados internacionais que o Brasil se obrigou a respeitar é o sistema acusatório.* [95]

Todavia, alterações impostas pelo pacote anticrime ficaram suspensas por força de liminar do e. Min. Luiz Fux nos autos das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, até a data de julgamento, o qual aconteceu no dia 24/08/2023. No que diz respeito, especificamente, ao artigo 3-A do CPP, decidiu o STF:

> *Decisão: O Tribunal, nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para: 1. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin; [...]*[96]

Sobre este item da decisão do STF, cumpre esclarecer que inobstante a Lei 13.964/2019 tenha introduzido no Código de Processo Penal (CPP) o art. 3º-A, que define que o processo penal brasileiro deve seguir uma estrutura acusatória, acabando em teoria com as divergências sobre a natureza adotada pelo CPP brasileiro. Nesse sistema, portanto, o juiz não deve intervir na fase de investigação ou suprir a performance probatória da acusação.

Apesar disso, não obstante essa definição legislativa clara, o Supremo Tribunal Federal (STF) interpretou que o juiz, em casos excepcionais, pode decretar diligências suplementares para esclarecer dúvidas expressivas para o julgamento. A decisão do STF é encarada por alguns doutrinadores (entre eles: Aury Lopes Jr., Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Alexandre Morais da Rosa) como uma manutenção parcial do sistema inquisitório, onde o juiz tem uma ação mais ativa na produção de provas.[97]

Esse entendimento tem gerado críticas, pois contraria a ideia central do sistema acusatório e pode desequilibrar a paridade entre defesa e acusação. Em resumo, apesar de o CPP estabelecer um sistema acusatório, a interpretação do STF permite que o juiz, em momentos específicos, conduza diligências adicionais. [98]

É possível constatar que embora o CPP tenha sofrido alteração a fim de consignar expressamente o sistema acusatório ainda há muito a ser debatido a fim de mudar a mentalidade dos agentes estatais e mesmo dos advogados, no sentido de solidificar o sistema acusatório no processo penal brasileiro. Nessa linha, valiosas as lições de Aury Lopes Jr., Jacinto Coutinho e Alexandre Moraes da Rosa:

> *Temos muito o que lutar ainda. Mais uma vez fica demonstrado que não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura e a mentalidade dos atores judiciários, papel desempenhado pelo Observatório da Mentalidade Inquisitória. O Movimento da Sabotagem Inquisitória está sempre à espreita, aguardando qualquer momento para atuar por meio de esquivas interpretativas. Entre idas e vindas, redobramos a nossa disposição rumo à implementação do modelo acusatório [não puro, por ser impossível, nem defendido por nós], circunscrito à demarcação constitucional das funções:*
> *[1] Quem acusa, prova;*
> *[2] Quem defende, não precisa provar nada [defesa negativa].*
> *[3] O estado inicial de "inocência" somente se altera para "condenado" quanto o terceiro, órgão julgador, ao final do processo, reconhecer a superação do standard probatório [para além da dúvida razoável; falaremos noutra coluna] e realizar o raciocínio judicial de modo válido e sólido.*
> *Ainda que a decisão do STF tenha, do nosso ponto de vista, equívocos parciais [por desconsiderar os atributos que conformam os fundamentos do Sistema Acusatório: gestão da prova atribuído somente a quem acusa, vedada atividade judicial], a mudança de cultura pode efetivar o modelo acusatório. Explicamos: a decisão do STF — que permite ao juiz a produção de prova de ofício, de forma excepcional e complementar — é uma tábua de salvação para algum juiz de mentalidade inquisitória, mas não representa limitação aos juízes comprometidos com a Constituição e a matriz acusatória.* [99]

O sistema acusatório no processo penal é expressão dos mais importantes valores democráticos, pois tem o objetivo de garantir a igualdade das partes, a imparcialidade do juiz e a transparência dos procedimentos.

No entanto, é imperioso salientar que, ao longo da história, muitos sistemas judiciais têm oscilado entre os sistemas acusatório e inquisitório, a depender de diversos fatores sociopolíticos e históricos. Sobre o tema, interessante a jurisprudência abaixo colacionada:

> *SISTEMA ACUSATÓRIO. "Penal e Processual Penal. Imparcialidade judicial e sistema acusatório. Postura ativa e abusiva do julgador no momento de interrogatório de réus colaboradores. Atuação em reforço da tese acusatória, e não limitada ao controle de homologação do acordo. As circunstâncias particulares do presente caso demonstram que o juiz se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório. Imparcialidade judicial como base fundamental do processo. Sistema acusatório e separação das funções de investigar, acusar e julgar. Pressuposto para imparcialidade e contraditório efetivos. Precedente: ADI 4.414, plenário, rel. Min. Luiz Fux, j. 31-5-2012. Agravo regimental parcialmente provido para declarar a nulidade da sentença condenatória proferida por violação à imparcialidade do julgador" (STF, AgR no RHC 144.615, rel Min. Gilmar Mendes, j. 25-8-2020).*

O sistema acusatório é, portanto, um princípio estruturante do processo penal democrático. No direito brasileiro, este sistema é assumido e expresso em inúmeros dispositivos legais, especialmente na Constituição Federal e no Código de Processo Penal (CPP). Nas linhas que seguem serão apresentados os dispositivos, os quais com maior ênfase expressam o sistema acusatório:

a) A Constituição brasileira de 1988 institui os baldrames do sistema acusatório em vários dispositivos:

I) Art. 129, I: Institui como função institucional do Ministério Público a titularidade da ação penal pública. Ou seja, cabe ao MP a titularidade exclusiva da ação penal (cabendo a ação penal privada subsidiária da pública quando o órgão do MP quedar-se inerte), sendo o órgão responsável pelo oferecimento da denúncia em crimes de ação penal pública.

II) Art. 5º, diversos incisos são fundamentais para o sistema acusatório, dentre eles é de se destacar:

- **Inciso XXXV**: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”
- **Inciso XXXVII**: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”;
- **Inciso LIV**: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”
- **Inciso 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;”
- **Inciso LVI**: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”
- **Inciso LVII**: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”
- **Inciso LXI**: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”
- **Inciso 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;”
- **Inciso LXV**: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;”

O CPP a partir das reformas que sofreu, especialmente após a Constituição de 1988, paulatinamente assumiu o viés acusatório, especialmente porque houve a busca de alinhar o CPP ao sistema acusatório.

Com a reforma de 2008, o artigo 156, passou a instituir que o juiz não pode mais promover, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Anteriormente, o juiz tinha um papel mais

ativo na busca de provas, o que era uma característica marcante do sistema inquisitivo.

O já citado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), trouxe importantes mudanças ao CPP, reforçando o caráter acusatório do processo penal brasileiro, não obstante a já citada e criticada decisão do STF. Dentre as alterações, pode-se destacar a instituição do juiz das garantias, responsável por controlar a legalidade da investigação criminal e garantir os direitos individuais, separando as funções de investigar/acusar e julgar.

Nesse sentido, julgamento recente do STF nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, a fim de declarar a constitucionalidade do juízo de garantias:

> *[...] 2. Por maioria, declarar a constitucionalidade do caput do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e por unanimidade fixar o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e sob a supervisão dele. Esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo 12 (doze) meses, devendo a devida justificativa ser apresentada em procedimento realizado junto ao Conselho Nacional de Justiça.* [100]

Sobre o juízo de garantias, é importante mencionar, ainda que sucintamente suas funções e características:

a) Atuação na Fase Investigativa: é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela proteção dos direitos fundamentais do investigado. Suas funções abrangem, por exemplo, deliberar sobre pedidos de prisão preventiva, temporária, quebra de sigilos, busca e apreensão, entre outras medidas cautelares.
b) Separação das Funções: Uma vez terminada a fase investigativa e oferecida a denúncia pelo Ministério Público, o processo passa a ser de responsabilidade de

outro magistrado, o qual não participou na elaboração de decisões atinentes à investigação. Esse juiz será o competente por proferir decisões na fase processual, ou seja, a partir da denúncia, irá conduzir a instrução processual e proferir a sentença. O fundamento da mudança no CPP é evitar que o juiz que teve contato com a fase investigativa, e que tomou decisões que afetaram direitos do investigado, bem como, eventualmente tenha tido contato com provas ilícitas, venha a julgar o mesmo caso, sendo, por óbvio um juiz contaminado por julgamentos oriundos da fase pré-processual.

Todas essas alterações servem para dar coesão ao sistema jurídico, em consonância com o sistema acusatório e o garantismo. De fato, o processo penal garantista é um modelo que destaca a proteção dos direitos fundamentais do acusado em contraposição ao poder punitivo do Estado. Fundamenta-se nos seguintes princípios:

I) Presunção de Inocência: Todo acusado é considerado inocente até que se prove sua culpa em julgamento.

II) Devido Processo Legal: O processo deve seguir todas as formalidades e garantias instituídas na lei.

III) Ampla Defesa e Contraditório: Garante ao acusado todos os meios e recursos inerentes para sua defesa e a faculdade de contestar as provas apresentadas contra ele.

IV) Imparcialidade do Juiz: O magistrado deve sustentar distância de influências externas ao processo e não pode ter relação de interesses com nenhuma das partes processuais.

Com efeito, a introdução do Juiz das Garantias está diametralmente interligada ao processo penal garantista. Ao separar as funções de autoridade judicante da investigação e de julgamento, busca-se garantir máxima imparcialidade do magistrado que julgará

o mérito da denúncia. O desígnio é diminuir riscos de pré-julgamentos e de influências oriundas das decisões tomadas durante a investigação.

Apesar de toda a divergência e debates sobre figura do Juiz das Garantias, é certo que tal alteração significa um avanço na consolidação de um processo penal garantista no Brasil, em conformidade com as tendências contemporâneas de proteção aos direitos humanos e garantias fundamentais na seara penal.

Em assim realizando, o direito brasileiro se distancia cada vez mais do sistema inquisitório. De fato, ao tratar da diferenciação entre o processo acusatório e o inquisitivo, notou Geraldo Prado que: o inquisitivo se satisfaz com o resultado conseguido de qualquer maneira, pois nele predomina o escopo de "realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo".[101]

3.2 Sistema Inquisitório

O sistema inquisitivo (inquisitorial ou inquisitório) no processo penal é um sistema que, historicamente, foi caracterizado pela centralização das funções de investigar, acusar e julgar na pessoa de uma mesma autoridade, geralmente o juiz.

O sistema inquisitório, portanto, é caracterizado pelo princípio inquisitivo, onde o poder se concentra na figura do juiz, mesclando as funções de acusador e julgador e colocando-o a figura central na coleta de provas.[102]

Sua origem e características foram fortemente influenciadas por conjunturas históricas, religiosas e políticas. Assim, o modelo, em

sua essência, apresenta um padrão histórico, com sua mais feroz constituição no direito canônico.

Embora existam processos com tais raízes – inquisitivas – durante a ascensão dos imperadores romanos, no término da República e começo do Império, conexos à *cognitio extra ordinem*, é indiscutivelmente a Inquisição que emerge entre os séculos XI e XII, no contexto da Igreja Católica espanhola, que provê o principal paradigma processual inquisitivo que serviu de modelo para boa parte dos sistemas processuais. As mudanças se manifestam entre os séculos XII e XIV, período em que o sistema começa a ganhar forma e se estabelecer. [103]

Desta forma, sua predominância foi notável no processo canônico da Idade Média, mas suas origens remontam ao direito romano, especificamente na era do Principado. O Principado se estendeu de 27 a.C. a 284 d.C. Durante esse tempo, é possível observar o surgimento das bases do sistema inquisitório, particularmente por meio da limitação das garantias individuais antecipadamente estabelecidas. Foi nesta época que o sistema da *cognitio extra ordinem*[104] foi introduzido pelo imperador Augusto.

Na era da Monarquia Absoluta, o sistema inquisitório se fortalece, evidenciado por uma lei promulgada pelo imperador Constantino, que permitia processos sem a existência de um acusador, assim, os processos eram conduzidos diretamente pelo juiz, o qual, por óbvio, também acusava. Por tal razão, portanto, a expressão mais pura do sistema inquisitório pode ser encontrada no Direito Canônico, particularmente no Direito Canônico da Idade Média. Isso ocorreu devido à combinação do direito romano tardio (*corpus Iuris civile*) com os esforços da Igreja em afirmar sua autoridade dominante. [105]

Destarte, principalmente durante a Inquisição, a Igreja Católica, como meio de combater aquilo que ela considerava como heresias e garantir a uniformidade e unidade da fé, instituiu tribunais eclesiásticos que não apenas investigavam, mas ao mesmo tempo julgavam e puniam os acusados.

Assim, conveniente aos sistemas ditatoriais, ou seja, inerente aos regimes totalitários ou absolutistas, o sistema inquisitivo, "que tem sua origem atrelada ao Direito Romano, são desconsiderados os princípios e garantias fundamentais, tão caros a toda e qualquer democracia"[106], contempla, pois, um processo judicial em que estão reunidas na pessoa do juiz as funções de acusar, defender e julgar, ainda que existe uma parte acusadora. Nesse sentido, preciosa a lição de Aury Lopes Jr.:

> *Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.*[107]

Em tal sistema, portanto, não há a obrigatoriedade de que exista uma acusação efetivada por órgão público ou pelo ofendido (vítima), sendo lícito ao juiz dar início ao processo penal *ex officio*. Do mesmo modo, "faculta-se ao magistrado substituir as partes e, no lugar destas determinar, também por sua conta, a produção das provas que reputar necessárias para elucidar o fato".[108]

O acusado, no sistema inquisitivo, é visto como objeto do processo, cujo foco primordial é descobrir a verdade real, a busca pela verdade. Assim, o acusado "praticamente, não possui garantias no decorrer do processo criminal (ampla defesa, contraditório, devido processo legal etc.), o que dá margem a excessos processuais". Principalmente por esse fato, em regra, o processo não é público, sendo sigiloso imposto pelo juiz por meio de ato

discricionário seu e à deriva de uma fundamentação apropriada[109] ou, até mesmo, sem qualquer tipo de fundamentação.

O processo de padrão inquisitivo, por conseguinte, "normalmente é secreto, alheio às garantias da ampla defesa, do contraditório, igualdade de partes e devido processo legal". Vige o sistema de provas tarifadas, no qual, a confissão tem valor absoluto (é apreciada como a rainha das provas) acima de qualquer "outro meio de prova e não raras vezes é obtida mediante emprego de violência física ou psicológica, daí admitir a tortura como meio para sua obtenção"[110], situação que já era comum no período medieval.

Da mesma forma, não existe paridade de armas, sendo límpida a posição de desigualdade entre as partes. A própria defesa do réu é extremamente "limitada, não lhe sendo assegurado, ao contrário do que ocorre no modelo acusatório, o direito de manifestar-se depois da acusação para refutar provas e argumentos trazidos ao processo pelo acusador". [111]

Inexiste a presunção de inocência, por tal razão torna-se menos complexa, ou mais simples, "em termos de requisitos e pressupostos legais, a decretação da prisão provisória do réu no curso da ação penal, circunstância esta que faz com que, em grande parte dos casos", continue o réu preso durante o sumário da culpa[112], ou seja, durante a tramitação processual.

O sistema inquisitivo terminou desfrutando de ampla autoridade na "Europa continental e ela se fez sentir nos países colonizados por Portugal e Espanha. Esse modelo de processo encontra-se incrustado em boa parte do Código de Processo Penal" brasileiro, o qual, conforme já mencionado, necessita "ser lido à luz do modelo traçado pela Constituição Federal".[113]

O Brasil, tendo em vista a herança jurídica portuguesa, estreou sua trajetória jurídica no processo penal aplicando o sistema inquisitivo. No decorrer do tempo, com a estabilização da democracia e o alcance de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, o direito brasileiro passou a percorrer o caminho de solidificação do sistema acusatório. Todavia, esse caminho ainda não está todo percorrido, eis que traços do sistema inquisitivo ainda persistem e podem ser notados em práticas e interpretações jurídicas ainda nos dias atuais.

Segundo a doutrina, são características do Sistema Inquisitivo:

I) Hierarquização da jurisdição: "invariavelmente, o monarca é o depositário da jurisdição penal, que a delega a funcionários subordinados, que a exercem em seu nome".[114]

II) Concentração de Funções ou ausência da separação das funções: A característica elementar do sistema inquisitivo é a concentração nas mãos de uma só pessoa das funções de investigar, acusar e julgar na pessoa do julgador. O juiz não funciona como um agente de decisão imparcial, mas também como o acusador, muitas vezes iniciando o processo *ex officio,* "quebrando, assim, sua imparcialidade".[115]

> *Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz.* [116]

III) Processo sigiloso: O segredo de justiça é a regra no sistema inquisitivo. Enquanto o sistema acusatório a publicidade e a transparência do processo são a regra, no

sistema inquisitório os atos e procedimentos, assim como o processo em si são sigilosos, com investigações e audiências ocorrendo sem a participação do acusado. "Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório".[117]

IV) Processo escrito: Um equívoco recorrente reside na concepção de que o processo inquisitivo é predominantemente oral. De fato, muitos tendem a associar a oralidade ao sistema inquisitivo e a forma escrita ao sistema acusatório. Contudo, em uma abordagem precisa, verifica-se exatamente o contrário, sendo que a oralidade é característica do sistema acusatório. Nesse sentido a lição de Guilherme Madeira Dezem:

> *Faz parte de nossa cultura cartorial e burocrática identificar a escrita como sendo algo mais seguro em oposição à oralidade. Para se concluir que o sistema escrito só pode relacionar-se com o sistema inquisitorial, requer-se apenas um estreito pulo, exíguo, mas equivocado. A técnica do processo escrito aliado ao processo sigiloso fazia com que o processo inquisitivo fosse totalmente autorreferente e surdo para seu entorno social. A criação de linguagem própria servia também para afastar o controle democrático do processo e a escrita simplesmente dá ares de legalidade ao processo quando na verdade, neste contexto, é apenas mais um elemento de afastamento do controle do inquisidor.*[118]

V) Juiz Ativo: Enquanto no sistema acusatório o juiz é inerte, passivo, só agindo quando provocado pelas partes, no sistema inquisitivo, o juiz exerce um papel efetivo, agindo ainda que não solicitado. Assim, o juiz tem o poder de iniciar investigações, processos, determinar a coleta de provas, orientar todo o desenrolar do processo e até mesmo determinar prisões cautelares, tudo *ex officio*.

VI) Ausência (ou redução) de contraditório e ampla defesa: Ainda que o princípio do contraditório e da ampla defesa possa ter previsão legal em sistemas inquisitivos, ele é

limitado, eis que “o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia”[119]. A defesa não consegue acompanhar as investigações e atos processuais e possui acesso limitado a algumas evidências, além de ser informada inoportunamente acerca de certos atos da investigação ou processuais. Nesse sistema, também é comum que o réu seja interrogado primeiro, antes das oitivas das testemunhas.

Cumpre esclarecer que o interrogatório do réu foi estabelecido como o ato derradeiro da instrução criminal, como garantia da ampla defesa e do contraditório, inerentes ao sistema acusatório. A eventual inversão da sequência estipulada no artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP) refere-se unicamente à oitiva das testemunhas, excluindo-se o interrogatório.

No entanto, é imprescindível ressaltar que qualquer alegação de nulidade relativa a essa matéria estará sujeita à preclusão, sendo imperativo demonstrar o efetivo prejuízo à defesa, segundo entendimento atual do STJ e do STF, nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INVERSÃO NA ORDEM DE INTERROGATÓRIO DO RÉU. OPORTUNIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (HC 230370 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 30-08-2023 PUBLIC 31-08-2023)*

VII) Sistema de provas tarifadas ou sistema de prova legal (também denominado sistema da certeza moral do legislador, da verdade legal ou formal): nesse molde a avaliação da prova não é conferida ao magistrado com base em sua discricionariedade, experiência ou formação, ou seja, não é de livre apreciação do juiz.

A legislação atinente ao sistema inquisitivo estabelece, de maneira predefinida, uma hierarquia entre os diferentes meios probatórios, determinando, assim, o valor intrínseco de cada tipo de prova e, consequentemente, a prevalência de um meio probatório sobre outro. Nesse contexto, o julgador não detém margem de discricionariedade na apreciação do acervo probatório. Por essa razão, qualifica-se este mecanismo como sistema de prova tarifada[120]. Por tal razão é que no sistema inquisitivo a confissão é tida como a rainha das provas. Na busca de uma verdade real ou absoluta, em que o réu é apenas objeto do processo, a confissão, ainda que isolada de outros indícios corroborativos, possui superioridade hierárquica em relação a outros meios de prova; da mesma forma, duas testemunhas acusatórias possuem maior valia jurídica do que uma única testemunha de defesa.[121]

É em razão dessa superioridade da confissão que a tortura era (em teoria deveria estar no passado) utilizada como meio de obtê-la. Nessa linha, seguem as lições de Aury Lopes Jr.:

> *A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de "verdade real ou absoluta". Na busca dessa tal "verdade real", transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for "bem" utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema. A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão. O inquisidor Eymerich fala da total inutilidade da defesa, pois, se o acusado confirmava a acusação, não havia necessidade de advogado. Ademais, a função do advogado era fazer com que o acusado confessasse logo e se arrependesse do erro, para que a pena fosse imediatamente aplicada e iniciada a execução.*[122]

Conforme é possível notar a partir das características acima apresentadas, o sistema inquisitivo exprime "total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve

ser banido das legislações modernas" que busquem afiançar ao cidadão as garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.[123]

3.3 Sistema misto ou inquisitivo garantista

O sistema misto mescla características do sistema acusatório romano e do sistema inquisitivo originado do Direito Canônico e das monarquias absolutistas. Sua adoção objetivou contrapor uma alegada impunidade do sistema acusatório, na qual o cidadão nem sempre denunciava infrações penais, seja por desinteresse, custos associados ou mero espírito vingativo.

Gustavo Badaró adverte, porém, que "no processo penal, historicamente, existiram dois sistemas ou modelos: acusatório e inquisitório". Houve, conforme já mencionado, a tentativa de unir ambos os sistemas, instituindo um "sistema misto" por meio do *Code d'instruction criminelle*, de 1808. Todavia, pondera o referido autor tais sistemas (acusatório e inquisitivo), são tão-somente "abstrações ou modelos ideais. Atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios 'puros'. Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais".[124]

No sistema misto, a investigação é conduzida pelo magistrado, o que pode afetar sua imparcialidade, mas a acusação recai sobre o Estado-administração, representado pelo Ministério Público.[125]

Nessa quadra histórica, nasce a figura do Ministério Público:

> *Com o fracasso da inquisição e a gradual adoção do modelo acusatório, o Estado seguia mantendo a titularidade absoluta do poder de penar e não podia abandonar em mãos de particulares esse poder e a função de persecução. Logo, era imprescindível dividir o processo em fases e encomendar as atividades de acusar e julgar a órgãos e pessoas distintas. Nesse novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mas realizada por meio de um terceiro distinto do juiz. Aqui nasce o Ministério Público. Por isso, existe um nexo entre sistema inquisitivo e Ministério Público, como aponta Carnelutti, pois essa necessidade de dividir a atividade estatal exige, naturalmente, duas partes. Quando não existem, devem ser fabricadas, e o Ministério Público é uma*

> *parte fabricada. Surge da necessidade do sistema acusatório e garante a imparcialidade do juiz. Eis aqui outro erro histórico: a pretendida imparcialidade do MP.*[126]

A doutrina conceitua o sistema processual misto como uma modalidade procedimental que se situa em um interstício entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo. Tal configuração deve-se ao fato de que, concomitantemente à observância de princípios constitucionais basilares como a presunção de não culpabilidade, a ampla defesa e o contraditório, persistem características intrínsecas ao sistema inquisitivo. [127] De fato,

> *O sistema processual criminal também foi sacudido pelos ideais da revolução francesa. Houve uma justaposição e incorporação de características dos dois sistemas, predominando as marcas do sistema inquisitorial. Por isso, alguns autores o denominam de misto [...] O "misto" não pode ser entendido como um sistema processual, mas como um mixed de atividades e técnicas do acusatório e do inquisitório, com preponderância do último, desprovido de um núcleo estruturante e coeso, de princípios compatíveis e congruentes [...].*[128]

Como exemplo do sistema misto, pode-se mencionar a prerrogativa conferida ao magistrado de diligenciar na produção de provas *ex officio* e as potenciais limitações à publicidade do processo, admissíveis em circunstâncias específicas. "Na medida em que resulta de uma fusão entre as características dos outros dois modelos, o sistema misto, na atualidade, vem sendo chamado também de inquisitivo garantista."[129]

Assim, o sistema misto é estruturado em duas fases procedimentais distintas:

a) Instrução preliminar: A primeira fase é denominada instrução preliminar, possui inspiração inquisitiva, destinada à instrução preliminar ou investigação pré-processual e é conduzida por um juiz instrutor. Com efeito, "o procedimento é levado a cabo pelo juiz, que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de

que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente".[130]

b) Judicial: A segunda fase é acusatória, nesse momento inicia a acusação propriamente dita e, por conseguinte, a fase processual destinada ao julgamento. "As partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público". [131]

A partir dos pressupostos apresentados e dos ensinamentos de Paulo Rangel[132] é possível identificar as seguintes características do Sistema Misto no Processo Penal:

I) Na etapa investigativa preliminar, um magistrado, auxiliado pela polícia judiciária, atua na coleta de provas para um juízo inicial de acusação. Em nações como Espanha e França, denomina-se "juizado de instrução". A distinção entre acusar e julgar é patente, sendo inviável um processo sem acusação (*nemo judicio sine actore*);

II) Durante a fase preliminar, o rito é sigiloso, escrito e o indiciado é apenas objeto da investigação, não gozando de contraditório ou ampla defesa, em virtude dos elementos inquisitivos. Na fase de instrução preliminar, assim como no sistema inquisitivo como um todo, busca-se a verdade material (real, absoluta), com o juiz ativamente comprometido na produção probatória, tendo a faculdade de agir *ex officio*.

III) A etapa judicial inicia-se com o oferecimento da acusação formal (denúncia), comumente proposta pelo Ministério Público, caracterizada por debate oral, público e

contraditório, assegurando isonomia entre acusação e defesa;

IV) Também na fase judicial (ou processual), o acusado assume posição jurídica que lhe garanta a presunção de inocência. Cabe exclusivamente ao Ministério Público demonstrar a culpa do acusado, mediante o devido processo legal;

V O rito durante a fase judicial observa o contraditório, resguardando ao réu a ampla defesa e o contraditório, assegurando a publicidade do processo e pautado pelo princípio da concentração, no qual todos os atos se praticados em audiência.

É de se mencionar que em nações que respeitam os princípios do Estado Democrático de Direito, práticas arbitrárias nas investigações preliminares, que violam o devido processo legal, são rejeitadas, afastando-se, portanto, do modelo inquisitório e, por extensão, do chamado sistema misto na fase investigativa. O sistema jurídico brasileiro, conforme delineado pela Constituição Federal de 1988, não segue um modelo misto. Ele garante ao investigado direitos e liberdades fundamentais, o que reflete uma preferência pelo sistema acusatório em detrimento do inquisitorial. [133]

3.3 Sistema adotado pelo Brasil

Cada um dos três sistemas apresentados anteriormente reflete abordagens históricas, culturais e filosóficas divergentes em relação ao processo penal. De fato, no sistema inquisitório há uma a busca irrestrita pela verdade material o que ocasiona graves lesões aos direitos fundamentais do acusado e do próprio Estado Democrático de Direito. O sistema acusatório enfatiza o papel adversarial das partes e a imparcialidade do juiz, tratando o acusado como sujeito

de direitos e não mero objeto do processo penal. O sistema misto tenta combinar elementos de ambos, oferecendo uma abordagem híbrida ao processo penal.

Embora a CF/88 e o próprio CPP, após as alterações sofridas pelo Pacote Anticrime, elejam o sistema acusatório, já que é o mais adequado ao Estado Democrático de Direito, a doutrina diverge quanto ao sistema efetivamente adotado pelo direito brasileiro. Assim, no entendimento de Garcete, não se pode falar em um sistema misto no contexto brasileiro, pois as características do modelo inquisitorial histórico já não são mais observadas. Além disso, no avanço da doutrina jurídica que visa a definição de sistemas baseados em princípios fundamentais claros e distintos, não se justifica mais a alegação da existência de um sistema misto.[134]

No entanto, a questão não é unânime. Para Fernando da Costa Tourinho Filho[135], Eugênio Pacelli de Oliveira[136] o sistema adotado pelo direito brasileiro é o acusatório. Guilherme Nucci[137] e Gustavo Badaró[138] afirmam ser o sistema inquisitivo. Para Aury Lopes Jr[139]. o sistema adotado é o (neo)inquisitivo, isso se deve ao fato de que o princípio orientador é o inquisitivo, já que o controle e direcionamento das provas estão sob o poder do magistrado e continuam mesmo após o Pacote Anticrime. Sobre o assunto importante a lição a seguir transcrita:

> *O problema veio depois da Lei 13.964/19, quando o STF foi chamado a se manifestar no julgamento das ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em 24/8/2023, entendendo, por maioria: "atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito". Em resumo, o STF entendeu que o sistema é acusatório, mas o juiz pode determinar a produção de provas — de ofício — para dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento. E quais são os limites legalmente autorizados? Aqueles previstos no CPP e desde sempre criticados, como por exemplo, os artigos 156 e 209. Eis a síntese do sistema acusatório*

> *"a la STF": a estrutura é acusatória, mas se o juiz quiser, pode assumir função de acusador [juiz inquisidor]. Perceba-se, desde já, que a ausência de provas é causa de absolvição [CPP, artigo 386, VII], sem que se exija absolvição qualificada, sendo falaciosa [ilógica] a produção de provas em favor da defesa.*[140]

Conforme é possível concluir, questão está longe de ser pacificada e tornou-se ainda mais complexa após a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) e a interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) em agosto de 2023, ao julgar as ADI's 6.298 a 6.305, que decidiu que o sistema é acusatório, mas o juiz pode, excepcionalmente e dentro de limites legais, determinar a realização de diligências para esclarecer dúvidas relevantes ao mérito da causa. Isso suscita uma contradição, onde o juiz tem o papel de acusador indireto, apesar de a estrutura processual ser acusatória, uma vez que a ausência de provas deveria levar à absolvição, não à produção de provas em favor da acusação.

---

77 Alguns autores lecionam que a teoria geral dos sistemas nasceu no campo das ciências naturais, a partir dos estudos de Ludwig Von Bertalanffy. O biólogo descreveu os organismos vivos como sistemas abertos, em que há uma troca constante entre o sistema e o meio. Foi, no entanto, Niklas Luhmann quem introduziu a concepção de sistema nas ciências sociais. Claus-Wilhelm Canaris seleciona alguns conceitos atribuídos à expressão "sistema" por diversos autores, descrevendo como sendo "um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios" (Kant); "um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo" (Eisler); "é uma unidade totalmente coordenada (Stammler); "um conjunto de conceitos jurídicos ordenados segundo pontos de vista unitários" (Binder); "um conjunto unitário ordenado" (Stoll) e uma ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário" (Coing). CANARIS, Claus-Wilhelm - **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Manuel da Rocha. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 10-11.

78 COTANDA, Fernando Coutinho. **O uso do termo sistema em Sociologia.** XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009, p. 2.

79 Várias são as vertentes sistêmicas do pensamento, as quais não foram debatidas, visto que não são foco desta obra.

80 Embora o pensamento mecanicista tenha sido importante para muitos avanços nas ciências naturais, especialmente durante a Revolução Científica, as críticas existem, mormente por ser simplista para compreender fenômenos complexos, notadamente aqueles encontrados em biologia, ecologia e ciências sociais (como é o caso da ciência jurídica). Assim, como forma de superar as limitações de tal paradigma científico, abordagens mais holísticas e sistemas de pensamento passaram a ser desenvolvidas, as quais tentam compreender os sistemas em sua totalidade, a partir de suas interações entre partes componentes (do todo) e o decorrente comportamento do todo. O pensamento sistêmico é, assim, um paradigma científico, uma forma de entender e explicar os fenômenos em uma visão que entende as partes, analisa suas inter-relações, mas sem deixar de pensar no todo.

81 MARTINELLI, Dante P. **Teoria Geral Dos Sistemas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

82 Sobre a sociologia: "A teoria social sistêmica, tal como desenvolvida, principalmente, por Luhmann, assume, portanto, os seguintes pressupostos: (1º) substitui a contraposição entre sujeito e objeto, enquanto princípio heurístico fundamental, pela 'diferenciação sistêmica', no mundo (Welt), entre o que é 'sistema' e seu meio ambiente (Umwelt). Com isso, não apenas oferece uma abordagem 'dessubstancializada', pois o sistema não é um hypoukeimenon, como foram as coisas (rei) na Antiguidade e o sujeito na modernidade, mas também (2º) 'desumanizada', não antropocêntrica, já que os seres humanos, enquanto sistemas biológicos, dotados de uma consciência, não fazem parte dos sistemas integrantes do sistema global que é a sociedade, e sim, do seu meio ambiente – e o 'antropocentrismo', a visão que fundamenta um apartamento dos seres humanos de seu ambiente natural, justificando a oposição a ele, conhecendo-o para nele intervir e a ele se impor, pode ser considerado um dos motivos centrais de uma crise que é 'epistemo-ecológica', a qual tanto e cada vez mais nos ameaça, como sabe qualquer um minimamente informado, hoje em dia". GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Imunologia**: mudança no paradigma autopoiético. In: FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESI, Márcio. **Sociologia do direito**: teoria e práxis. Curitiba: Juruá, 2015, p. 368.

83 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 13.

84 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

85 BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 28.

86 MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: The Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

87 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 72.

88 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 73.

89 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

90 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p.7

91 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p.7

92 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 53.

93 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 16;

CASARA, Rubens, Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais 1 Antonio Pedro Melchior, Rubens R R Casara. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 67.

94 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. "Não há se falar em nulidade da decisão que autorizou a prorrogação das interceptações, em virtude de rasura no requerimento do Ministério Público, porquanto devidamente justificada na ponderação entre a publicidade dos atos e a preservação da intimidade de terceiros. Relevante anotar que a própria Constituição Federal, no inciso LX do art. 5º, autoriza a restrição à publicidade de certos atos 'quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". (STJ, RHC 134.676/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20-4-2021, DJe 26-4-2021). Inclusive: "É assegurado ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013). II – O acesso ao termo de colaboração premiada pelo terceiro delatado deve ser franqueado à luz da Súmula Vinculante 14, "[..] caso estejam presentes dois requisitos. Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (INQ 3.983, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 3-3-2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento" (Rcl 24.116/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes)" (STF, Rcl 30742, Segunda Turma, julgado em 4-2-2020, publicado em 4-5-2020).

95 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 31.

CASARA, Rubens, Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 67.

96 BRASIL. - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, julgado em 24 de agosto de 2023.

97 LOPES JR, Aury., COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, ROSA, Alexandre Morais da. Criminal Player. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF? **Revista Consultor Jurídico**, 19 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf Acesso em 10 de outubro de 2023.

98 LOPES JR, Aury., COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, ROSA, Alexandre Morais da. Criminal Player. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF? **Revista Consultor Jurídico**, 19 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf Acesso em 10 de outubro de 2023.

99 LOPES JR, Aury., COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, ROSA, Alexandre Morais da. Criminal Player. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF? **Revista Consultor Jurídico**, 19 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf Acesso em 10 de outubro de 2023.

100 BRASIL. - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, julgado em 24 de agosto de 2023.

101 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**, 3. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 104.

102 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

103 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

104 "Logo nos primeiros anos do Principado de Augusto, deram-se mudanças significativas no âmbito do processo. No ano 17 a.C., como mencionado, editou-se a lex Julia iudiciorum privatorum, a qual, de um lado, oficializou o processo formular como o padrão para processamento das causas cíveis, mas, de outro, subtraiu o poder de império do magistrado, pois o que antes era regulado pelo pretor passou a ser matéria legal, limitando a atividade pretorian". TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder:** contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 27.

O sistema "cognitio extra ordinem", originário do Direito Romano durante o Principado, é um marco, uma revolução no processo judicial ao centralizar funções no magistrado. Diferente dos procedimentos precedentes, esse sistema eliminou a divisão entre fase preliminar e julgamento, assim como, proporcionou um papel ativo do magistrado na busca e coleta de provas e busca da verdade, e instituiu flexibilidade procedimental. Essa modificação teve como consequência um foco menor em formalidades e mais na essência dos casos, sendo o prenúncio dos sistemas inquisitórios futuros e centralizando a justiça na figura/pessoa do magistrado.

105 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

106 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 39.

107 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 72

108 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 8.

109 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 8.

110 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 39.

111 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 39.

112 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 8.

113 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 67.

114 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 40.

115 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 67.

116 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 75; GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

117 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 75

118 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 67.

119 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 67.

120 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 39.

121 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 39.

122 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 75

123 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 67.

124 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-1.14

125 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023

126 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 77

127 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 9.

128 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 95.

129 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 9.

130 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 70.

131 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 70.

132 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 71.

133 GARCETE, Carlos Alberto, **Sistemas jurídicos no processo penal** [livro eletrônico] : uma compreensão a partir da *civil law* e *common law*, os transplantes jurídicos e os sistemas inquisitório, acusatório e adversarial / Carlos Alberto Garcete. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.

134 GARCETE, Carlos Alberto. **Sistemas jurídicos no processo penal** [livro eletrônico]: uma compreensão a partir da *civil law* e *common law*, os transplantes jurídicos e os sistemas inquisitório, acusatório e adversarial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

135 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva. v. IV, p. 96.

136 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 13-14.

137 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 50.

138 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 101.

139 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 47.

140 LOPES JR, Aury., COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, ROSA, Alexandre Morais da. Criminal Player. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF? **Revista Consultor Jurídico**, 19 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf Acesso em 10 de outubro de 2023.

4 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

Antes de adentrar especificamente aos princípios em espécie, para entender adequadamente o que é princípio, é imprescindível conhecer a sua origem etimológica. Portanto, para que se tenha clareza sobre os princípios constitucionais que orientam o processo penal, é essencial, inicialmente, estabelecer o significado da referida palavra.[141]

De acordo com Cândido Figueiredo, em Novo Dicionário da Língua Portuguesa, a palavra princípio significa:

> *Momento, em que alguma coisa tem origem. Origem. Causa primaria. Começo. Elemento, que predomina na constituição de um corpo orgânico. Theoria, regra: os princípios da Philosophia. Preceito moral. Preceito. Estreia. Germe. Preliminar. Pl. Primícias; rudimento. Antecedentes. Primeira ´época da vida. (Lat. principium).*[142]

O dicionário apresenta a origem etimológica da palavra, a qual é proveniente do latim *principium,* cujo significado é:

> *Principĭum,-i, (n.). (princeps). Princípio, início, começo, origem. Fundamento, elemento principal. O que vota primeiro. O que inicia/dá origem, fundador, antepassado, progenitor. Exórdio, prelúdio. Preferência, precedência. Seleção, parte principal. Domínio, controle, maestria. (principĭa,-orum) A primeira linha de batalha, vanguarda. Oficiais principais, membros do conselho de guerra. Quartel general.*[143]

A palavra engloba vários significados, incluindo o momento de criação de algo, a causa primária, o começo, os elementos fundamentais na formação de algo, teorias e regras filosóficas, preceitos morais, e até mesmo os estágios iniciais da vida. Assim, o termo é multifacetado e é usado para referir-se a conceitos fundamentais, tanto em contextos concretos quanto abstratos, como bases filosóficas e morais.

Tendo tais premissas como base, importante compreender o significado da palavra para o mundo jurídico, assim, clássica e didática é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual:

> *Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.*[144]

Trata-se, portanto, tal mandamento, de um conteúdo expresso em uma "disposição ou regra geral que exprime um valor e serve de fundamento e referência para conferir racionalidade a um sistema normativo"[145], assim é, uma das funções do princípio, dar coesão ao sistema jurídico, que muitas vezes parece ser conflituoso entre as diversas áreas, mas ao realizar a hermenêutica a partir de um núcleo fundante, o direito harmoniza-se e aparentes antinomias desaparecem.

Com tais conceitos em mente, é preciso avançar um pouco mais no que diz respeito à importância dos princípios no direito.

De fato, já foi possível compreender que os princípios são entendidos como conceitos ou verdades fundamentais que servem de alicerce, um necessário baldrame, para o sistema jurídico, e transcendem à mera letra da lei garantindo estabilidade e coesão ao sistema como um todo.

Trata-se, portanto, de um fundamento teórico do processo penal que pode estar explicitado ou não na lei. Jacinto Nelson Miranda Coutinho[146] aponta que os princípios são motivos conceituais sobre os quais se baseia a teoria geral do processo penal. Para clarear ainda mais a importância dos princípios, Coutinho cita Jorge de Figueiredo Dias[147]: "[...] são estes 'princípios gerais do processo

penal' que dão sentido à multidão das normas, orientação ao legislador e permitem à dogmática não apenas <explicar>›", mas realmente "compreender os problemas do direito processual e caminhar com segurança ao encontro da sua solução".

José Afonso da Silva avalia os princípios como valores que dão forma e substância ao corpo normativo[148]. O autor ainda apresenta a distinção entre princípios e normas:

> *A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de "mandamento nuclear de um sistema". As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. François Ewald destaca que, embora os princípios possam se tornar leis escritas, eles nunca se esgotam nas formulações legais, ultrapassando os limites da letra da lei.* [149]

A relevância dos princípios foi ganhou fonte de discussão após a Segunda Guerra Mundial, como resposta aos argumentos legalistas trazidos pela ideologia nazista, a qual equiparava lei a direito, reforçando o valor dos direitos fundamentais mesmo fora de formulações legais. Foi com base em tal concepção a de que o direito não é apenas a norma escrita na legislação vigente, que vários julgamentos condenaram militares e funcionários do regime nazista, sendo o mais famoso, os julgamentos realizados no Tribunal de Nuremberg.

Ronald Dworkin, entende os princípios como normas de generalidade variada, além da característica genérica do princípio, o autor também o compreende como "exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade".[150]

Sobre o tema, Karl Larenz[151] e Robert Alexy[152] explicaram que, diferentemente das regras, os princípios demandam concretização e funcionam como mandatos de otimização.[153]

> *[...] regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regra quanto princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, a distinção entre duas espécies de normas.*[154]

Canotilho[155] e Luís Roberto Barroso concordam Alexy, no sentido de que os princípios são mandados de otimização.[156]

> *Por essas expressões se quer significar que as regras (mandados de definição) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como mandados de otimização, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.*[157]

Em sentido oposto, Lenio Luiz Streck critica essa noção, argumentando que os princípios, em vez de abrir o sistema para interpretações diversas, na aplicação do direito ao caso prático, na verdade o fecham ao determinar uma única resposta correta baseada na hermenêutica, ou seja, "a resposta correta não decorreria desse juízo de ponderação do juiz, mas, sim, da reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do Direito".[158]

A apresentação extremamente resumida da distinção entre princípios e regras, tem a finalidade de proporcionar ao leitor a introdução ao tema a fim de demonstrar a importância dos princípios, especialmente em um Estado Democrático de Direito, o

qual é norteado por valores – princípios – em torno da dignidade humana.

A importância de conhecer os princípios e seu conteúdo reside no fato de que ainda que se desconheça uma regra específica (um artigo de lei), conhecendo os princípios aplicáveis, por certo será possível imaginar a solução correta para o caso. Renato Marcão, cita como exemplo: sabendo que o Ministério Público pode arrolar na denúncia até cinco testemunhas de acusação, ainda que se desconheça o artigo de lei que dispõe a respeito do número de testemunhas que a defesa poderá arrolar no processo, por certo não haverá dificuldade em se conhecer a resposta se logo pensarmos no princípio da igualdade das partes.[159]

Portanto, os princípios processuais penais são os núcleos basilares da "ciência processual, na esfera criminal, muitos dos quais possuem respaldo constitucional, enquanto outros foram constituídos ao longo de anos de conclusões doutrinárias e jurisprudenciais."[160]

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e exerce uma influência fundamental no processo penal. A Constituição Federal de 1988 eleva esse princípio a um dos fundamentos da República, imprimindo-lhe uma dimensão que permeia todo o ordenamento jurídico e que se manifesta em múltiplas facetas, desde a ordem econômica até a proteção de grupos vulneráveis, como crianças, adolescentes, idosos e indígenas.

No texto constitucional, a dignidade da pessoa humana está consagrada no artigo 1º, III, da Constituição Federal (CF). Ela também orienta a ordem econômica para garantir uma existência

digna a todos, conforme o artigo 170 da CF. O planejamento familiar é considerado uma decisão do casal, no entanto, deve estar respaldada pelo princípio da dignidade humana, segundo o artigo 226, § 7º da CF. A proteção da dignidade se estende a crianças, adolescentes, jovens e idosos, como robustecido pelos artigos 227 e 230 da CF, que impõem à família, sociedade e Estado o dever de assegurar o bem-estar e o respeito aos direitos de tais pessoas. Conforme é possível notar, a dignidade é um valor intrínseco e transversal a várias disposições constitucionais, refletindo-se em uma série de direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, tal princípio, conforme J. J. Gomes Canotilho[161], resgata a concepção humanista de *dignitas hominis*, colocando o indivíduo como central na formação de sua própria existência e como limite ao exercício do poder político. A dignidade humana é então vista como um antídoto contra abusos e atrocidades do poder Estatal, comumente encontrada ao estudar a história do poder. Trata-se, assim, de uma barreira intransponível ao desrespeito da condição humana.

Immanuel Kant[162], com sua filosofia, enfatiza a dignidade como inerente ao ser humano, uma qualidade que não permite substituição ou equivalência, e que deve ser o fim de todas as ações. Nessa perspectiva, o processo penal não deve ser entendido meramente como um mecanismo de aplicação da lei, mas como um processo que deve resguardar a dignidade do indivíduo, não o reduzindo a um objeto ou meio para se alcançar um fim, como o é nos contornos do sistema inquisitivo.

Nesse sentido, leciona Luís Barroso que a dignidade humana, como presentemente “compreendida, se assenta sobre o pressuposto

de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo".[163]

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana se torna um núcleo básico e fundante, pelo qual o direito processual penal deve ser interpretado e aplicado. A jurisprudência constitucional tem reconhecido e reforçado esse princípio por meio de súmulas vinculantes e decisões que asseguram o respeito à dignidade no âmbito do sistema de justiça criminal e, por conseguinte, no sistema carcerário, no tratamento das pessoas presas, e na garantia de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Súmula Vinculante n. 11 limita o uso de algemas, a fim de proteger a integridade física e moral do preso, e a Súmula Vinculante 56 proíbe a manutenção de condenados em regime prisional mais gravoso pela falta de estabelecimento adequado, respeitando a dignidade mesmo na execução da pena.

É com base no princípio da dignidade da pessoa humana que a Lei n. 13.434/2017 alterou o Código de Processo Penal, acrescentando o parágrafo único no art. 292 do Código de Processo Penal, para proibir o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e durante o puerpério imediato.

Ainda sobre o uso de algemas, explica Giacomolli, seu uso indevido, além de ofender a dignidade da pessoa (art. 1º, III, CF), de significar uma forma degradante e desumana de tratamento (art. 5º, III, CF), causa ofensa a imagem do sujeito (art. 5º, X, CF) e desrespeita a integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, CF), "o uso imotivado ou com motivação indevida sepulta o estado de inocência (art. 5º, LVII, CF)". Isso em razão de que "as algemas simbolizam a culpa firmada, independentemente de julgamento, ademais de enunciar a necessidade da prisão e a condenação pela periculosidade".[164]

Essas são manifestações concretas de como o princípio da dignidade humana informa e restringe a atuação do Estado, promovendo um processo penal em todas as suas etapas (conhecimento e execução da pena) que não só busca a aplicação da lei, mas a preservação da humanidade e da individualidade das pessoas envolvidas.

Sobre o tema, relevante a ementa de acordão proferido pelo STF, a seguir transcrita:

> *CONSTITUCIONAL. PENAL. REVISTA ÍNTIMA PARA INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PRÁTICAS E REGRAS VEXATÓRIAS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS. OFENSA. ILICITUDE DA PROVA. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. A adoção de práticas e regras vexatórias com a revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral. (ARE 959620 RG, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01-06-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 14-06-2018 PUBLIC 15-06-2018)*

O desígnio fundamental do Estado Democrático de Direito "é cultuar a dignidade humana, proporcionando respeito à individualidade, quando confrontado com o poder estatal", sem privar da segurança e do embate à criminalidade. Para alcançar tal escopo, "deve-se respeitar à risca o devido processo legal, que representa o cumprimento de todos os princípios penais e processuais penais"[165] e é o meio pelo qual se garante a dignidade da pessoa humana, inclusive do acusado, o qual não deixa de ser sujeito de direitos por estar respondendo a um processo penal.

Assim, ao olhar para o processo penal brasileiro e suas nuances, fica evidente que a dignidade da pessoa humana não é apenas um conceito abstrato, mas uma realidade viva que se insere em todas as etapas do processo, desde a investigação até a execução penal, orientando o sistema jurídico para um caminho que priorize o respeito ao ser humano.

4.2 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal representa uma das garantias mais importantes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo não apenas um direito fundamental, mas o alicerce sobre o qual repousa a estrutura do processo penal.

Arraigado no art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, este princípio assegura que nenhum indivíduo será destituído de sua liberdade ou de seus bens sem que sejam seguidas todas as formalidades e procedimentos legais estabelecidos e que tais sejam garantidos não somente no aspecto forma, mas também material. Essa salvaguarda constitucional é de tal magnitude que permeia e informa todos os outros princípios e regras do processo penal.

De fato, o art. 5º, LIV, dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". "Assim, para que Tício, por exemplo, perca sua liberdade de locomoção, mister se faz o respeito à regra do art. 302 do CPP ou à ordem judicial (cf. art. 5º, LXI, da CRFB)".[166]

> *Vale salientar que há autores que veem no devido processo legal aspecto mais amplo do que o simples aspecto procedimental e material. Para eles, o devido processo legal constitui-se como cláusula de segurança, na medida em que, na eventual ausência de algum princípio formalmente previsto no sistema, poderá ele ser visto como decorrência do devido processo legal.*[167]

A previsão constitucional de que a liberdade é a regra e a privação de liberdade é a exceção, institui ao Estado o ônus de justificar qualquer medida restritiva aos direitos individuais através de procedimentos estritamente legais. Este preceito conglomera diversas liberdades, não se restringindo apenas à locomoção, mas do mesmo modo, estendendo-se a outras expressões de liberdade, como o livre exercício profissional e a associação para fins lícitos, conforme consagrado nos incisos XIII e XVII do art. 5º da CF/88.

Ao analisar o processo penal brasileiro à luz do devido processo legal, é imperioso reconhecer que este não se limita a uma concepção meramente formal, conforme já mencionado alhures. Ao contrário, ele engloba tanto a forma quanto o conteúdo, com a finalidade de assegurar um tratamento justo ao acusado e proteger a sociedade contra arbitrariedades do poder estatal. Essa abordagem é exemplificada pela proibição de provas obtidas por meios ilícitos, que são inadmissíveis em juízo por representarem uma violação ao próprio núcleo do devido processo legal.

Ademais, as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF), como as que versam sobre a inconstitucionalidade da condução coercitiva para interrogatório (ADPFs 395 e 444), reafirmam o compromisso com o respeito aos direitos individuais e a necessidade de conformidade com as disposições legais para qualquer ação que possa afetar tais direitos.

O devido processo legal, portanto, "é corolário do Estado Democrático de Direito e também da dignidade da pessoa humana. Através do devido processo legal se legitima o exercício do poder punitivo do Estado".[168]

É importante ressaltar que o devido processo legal, possui aspecto formal, o qual se caracteriza com o cumprimento das normas legais, mas também, possui aspecto substancial (material), Maria Rosynete Oliveira Lima, explica: "significa que o Estado não pode, a despeito de observar a sequência de etapas em um dado procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais. Exige-se razoabilidade da restrição".[169]

Sobre o devido processo legal substantivo, elucidativa a decisão do STF a seguir transcrita:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL*

EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DETERMINAR A SOLTURA DO PACIENTE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. A cláusula do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF) orienta que as restrições às liberdades individuais pelo poder punitivo do Estado devem ocorrer somente na medida do necessário para o atingimento da finalidade almejada. Nesse sentido, a prisão preventiva é medida de ultima ratio, a ser aplicada somente quando as medidas cautelares dela diversas revelarem-se concretamente inadequadas (art. 282, § 6º, CPP). 3. A natureza hedionda do tráfico não permite concluir, automaticamente, sobre a gravidade concreta do delito, mormente porque, na espécie, o flagrante (precedido apenas por denúncias anônimas, sem qualquer investigação prévia) resultou na apreensão de 1g de crack. 4. A tentativa de fuga no momento da abordagem policial e a existência de registro criminal por crime cometido há 17 anos, cuja punibilidade fora extinta há mais de 11 anos, não são elementos suficientes para demonstrar o risco de reiteração delitiva. 5. Agravo regimental desprovido. (HC 228798 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 01-09-2023 PUBLIC 04-09-2023

O devido processo legal também se faz sentir na apreciação da constitucionalidade de normas anteriores, como demonstra a discussão em torno do art. 594 do CPP. A Lei nº 11.719/2008 veio a esclarecer e a alinhar a legislação com os princípios constitucionais, refletindo a necessidade de constante diálogo entre a lei ordinária e a Constituição, revogando o referido artigo, que continha a seguinte redação:

> *O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.*

É de se citar que o devido processo legal não obsta a atuação estatal, assim é oportuno citar Damásio E. de Jesus[170], que observou a compatibilidade das medidas cautelares com o princípio da presunção de inocência, desde que provisórias e necessárias e efetivadas nos limites do devido processo legal. Isso significa que o sistema jurídico deve, ao mesmo tempo em que persegue a finalidade punitiva do Estado, garantir o respeito à dignidade e às liberdades fundamentais do indivíduo.

Com efeito, princípio do devido processo legal não é apenas um elemento técnico do direito processual; é a expressão de uma filosofia de justiça que permeia todo o sistema legal, conferindo legitimidade e justiça às atuações do Estado no campo penal (em outros campos também). Conforme exposto por Frederico Marques, o processo penal é o instrumento pelo qual o Estado exerce seu poder punitivo, mas também o meio de proteger o cidadão, equilibrando os interesses da sociedade e do indivíduo.[171]

O devido processo legal é a garantia de que todas as ações e procedimentos dentro do processo penal, também na fase de investigação, serão conduzidos de acordo com a lei, assegurando aos cidadãos o direito a um processo justo e equitativo. No entanto, sua importância transcende a formalidade, pois é, em última instância, o garante dos direitos e liberdades fundamentais contra abusos e excessos do poder estatal.

Sobre o tema, ilustrativa a jurisprudência a seguir:

> *HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INTIMAÇÃO IRREGULAR, PROCEDIDA EM NOME DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DEFENSORA DATIVA CONSTITUÍDA NOS AUTOS. NULIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O contraditório e a ampla defesa são princípios cardeais da persecução penal, consectários lógicos do due process of law. O devido processo legal é processo pautado no contraditório e na ampla defesa, no intuito de garantir aos acusados em geral o direito não só de participar do feito, mas de fazê-lo de forma efetiva, com o poder de influenciar na formação da convicção do magistrado. 2. Nulidade da intimação que se reconhece, pois direcionada à Defensoria Pública da União, quando patrocinado o ora paciente por defensor dativo (art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal). Necessidade de realização de novo julgamento, com a intimação da defensora nomeada da data da sessão a ser designada. 3. Habeas corpus concedido. (HC 116985, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25-03-2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 09-04-2014 PUBLIC 10-04-2014)*

Destarte, o devido processo legal compreende tanto aspectos formais quanto materiais (substantivos), nele se insere o direito ao contraditório, à ampla defesa, à imparcialidade do juiz e à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Trata-se,

portanto, de uma garantia de que o Estado, ao exercer seu poder de punir, *ius puniendi*, faça-o respeitando os direitos fundamentais do acusado e seguindo os procedimentos corretos, o que assegura a legitimidade e a justiça das decisões judiciais.

Conforme é possível observar das decisões jurisprudenciais acima transcritas, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece o devido processo legal como um princípio reitor que garante a nulidade de penas, caso o processo tem ocorrido sem a observância de um processo judicial adequado, conforme a legislação e com os princípios constitucionais.

No entanto, imperioso ressaltar que na aplicação de penas de multa ou penas restritivas de direitos em infrações de menor potencial ofensivo, acordo de não persecução penal, ocorrem sem a instauração de um processo penal (antes do oferecimento da denúncia), nos termos da Lei nº 9.099/1995 e da Lei n. 13.964/2019, o que está em conformidade com a Constituição Federal, demonstrando a flexibilidade do princípio frente às peculiaridades de determinadas situações legais.

Portanto, o devido processo legal atua como uma ferramenta de equilíbrio entre a necessidade do Estado de aplicar o direito penal e a necessidade de proteger as liberdades individuais, garantindo a aplicação justa e equitativa da lei, imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

4.2.1 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório no processo penal, consagrado constitucionalmente e amplamente reconhecido em tratados internacionais como o Pacto de São José da Costa Rica, constitui uma das mais relevantes garantias de um processo justo e equânime. A sua essência transcende a mera formalidade procedimental e

atinge o cerne do direito de defesa, materializando a ideia de que ninguém deve ser condenado sem a oportunidade de ser ouvido e de rebater as acusações que lhe são imputadas.

Assim, esclarece Giacomolli que o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) garante a quem é acusado de cometer um ato considerado criminoso, "todas as garantias necessárias para a sua defesa". De modo semelhante, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu artigo 14, salvaguarda o direito do indivíduo de comparecer diante dos órgãos judiciais, bem como de ser notificado sobre os detalhes e a índole da acusação que enfrenta. [172]

Paralelamente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, no seu artigo 8.1, estipula o direito de ser ouvido e, no seu item subsequente, prevê as garantias mínimas para a obtenção de um aviso prévio em relação à acusação, concedendo tempo suficiente para a preparação da própria defesa ou por meio de um defensor. Entretanto, é no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (CF) que encontramos a menção explícita ao princípio do contraditório: "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".[173]

A instrução contraditória, como bem pontua Joaquim Canuto Mendes de Almeida, é a "ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los", criando um ambiente processual onde a acusação e a defesa possuem iguais oportunidades para apresentar suas alegações, produzir provas e influenciar a decisão do julgador.[174] Essa bilateralidade é um contraponto necessário ao monólogo acusatório, sendo imprescindível para a validade e justiça do processo.

> *O contraditório, também referido como princípio de audiência, abarca a possibilidade de ciência bilateral às partes dos atos e termos do processo, reação, contradição, resposta, contraposição de teses. Essa é sua concepção clássica ou meramente formal (paradigma assimétrico para Fazzalari, Giuliani, Nunes e Picardi). A metodologia dialética, com valorização do contraditório em seu aspecto material ou substancial, ou seja, de igualdade de tratamento (auditur et altera pars), de possibilidade de influir na construção dinâmica do espaço processual, das decisões, livre dos entraves burocráticos e submissões oriundas de hierarquia militarizada dos sujeitos oficiais no processo, representa o resgate da perspectiva dialógica, horizontalizada, isonômica do processo, como na ordo iudiciarius ou iudicium (processo comum). A representação processual piramidal, com o juiz ocupando o seu ápice, descortina toda a simbologia hierárquica e autoritária do processo, redutora da substancialidade do contraditório. Quando o julgador também ocupa o ângulo destinado à acusação, na mostra piramidal tradicional (Juiz-Acusação-Defesa), desnatura-se o processo e adentra-se no campo minado das patologias processuais. Através do contraditório como igualdade de oportunidades às partes e asseguramento pelo Estado do equilíbrio das forças no interior do processo é possível construir a democracia processual humanitária.* [175]

O contraditório no processo penal brasileiro inicia-se com a citação, o ato pelo qual se garante ao réu o conhecimento da ação penal movida contra ele, dando-lhe a oportunidade para o exercício da defesa técnica. No processo penal, a importância "a este chamado vai tão longe que, uma vez citado e não comparecendo (ou não sendo encontrado porque em lugar incerto e não sabido), o Estado-juiz nomeia-lhe defensor para que faça sua defesa técnica", conforme disposição do art. 261 do CPP.[176]

Tal disposição legal garante que desde o início do processo até a decisão final, o acusado tenha garantida a possibilidade de influenciar no julgamento da causa. A nomeação de um defensor, quando necessário, é reflexo da busca pelo equilíbrio entre o *ius puniendi* do Estado e os direitos fundamentais do acusado.

O princípio do contraditório, conforme Antonio Scarance Fernandes assinala, deve ser pleno e efetivo. Não basta a existência formal do contraditório; é necessária a efetiva possibilidade de participação e influência no processo. Isso significa que a defesa deve ter acesso a todos os elementos de prova e ter a oportunidade

de testá-los, questioná-los e oferecer prova contrária, sempre sob a égide da igualdade de armas.[177]

De fato, "a garantia do contraditório propicia às partes o exercício processual dialético e participativo, após o conhecimento das proposições, alegações, provas, matéria fática, teses jurídicas", colaborando e incutindo na "construção do processo e do *decisum*, de forma democrática". Logo, seu papel vai além do conhecimento do declarado "e da reação à acusação e às alegações contrárias, abarcando a perspectiva de influir no processado e no próprio *decisum*". [178]

Por tal razão, leciona Giacomolli, "o debate contraditório constrói uma decisão mais justa ou menos injusta, mais aproximativa da certeza processual, reduzindo o grau de descontentamento (Luhmann)". Assim, a democracia processual depara "no contraditório um dos elementos a sua concretização e efetividade". [179]

Aroldo Plínio Gonçalves[180] aprofunda essa visão, associando o contraditório à ideia de igualdade de oportunidades processuais, o que confere legitimidade e justiça à atuação jurisdicional. Esse entendimento está em harmonia com a necessidade de audiência bilateral como medida de imparcialidade e integridade do órgão decisor.

Todavia, como explicitado por Paulo Rangel, em determinadas circunstâncias, como nas medidas cautelares e na interceptação telefônica, o contraditório pode ser diferido, postergado para um momento subsequente, sem que isso signifique sua inexistência ou desrespeito. O que a norma infraconstitucional não pode fazer é eliminar o contraditório, que deve ser restabelecido assim que não comprometer a eficácia da medida adotada.[181]

Sobre o contraditório diferido ou postergado, elucidativas as decisões do STF citadas a seguir:

> *CARTA ROGATÓRIA. Exequatur. Medida cautelar penal. Diligências para identificação e apreensão de bens. Proveito de infração penal. Ciência prévia do paciente. Inadmissibilidade. Risco de frustração das diligências. Caso de contraditório diferido, retardado ou postergado, mediante embargos ou agravo. Garantia de exercício pleno do direito de defesa. Ilegalidade inexistente. HC indeferido. Inteligência do art. 5º, LVI da CF e da Resolução nº 9/2005, do STJ. É legítima, em carta rogatória, a realização liminar de diligências sem a ciência prévia nem a presença do réu da ação penal, quando estas possam frustrar o resultado daquelas. (HC 90485, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10-04-2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00048 EMENT VOL-02279-04 PP-00685)*
> *[...] Consabido que o denominado contraditório diferido é amplamente aceito pelo Direito brasileiro nas hipóteses de medidas cautelares penais, as quais, em regra, ocorrem sem a prévia oitiva do sujeito investigado para evitar o prejuízo da diligência. A esse respeito, é elucidativa a hipótese concreta descrita pela autora de Denise Neves Abade (Direitos Fundamentais e Cooperação Jurídica Internacional: Extradição, Assistência Jurídica, Execução de Sentença Estrangeira e Transferência de Presos - Portuguese Edition – Editora Saraiva), Local 7.135): "(...) Logo, é corrente na persecução criminal interna brasileira o contraditório retardado, pois seria inimaginável, mesmo para o processo penal brasileiro, aceitar contraditório prévio em medidas cautelares obviamente preparatórias (indispensáveis para a finalidade útil do processo principal) como as que decretam busca e apreensão domiciliar, bloqueio de bens e ativos, entre outras. Consequentemente, não poderia o Brasil, em plena cooperação jurídica internacional em matéria penal, reconhecer como inconstitucional o que não faz internamente. [...] (AP 1025 / DF - DISTRITO FEDERAL; Relator(a): Min. EDSON FACHIN; Julgamento: 04/05/2023; DJe-n. 96, DIVULG 05/05/2023 PUBLIC 08/05/2023Dje n. 96.*

Conforme é possível constatar, "o contraditório há de ser garantido também nos provimentos cautelares, antes da decisão judicial, mesmo que provisória, salvo nas situações onde sua possibilidade tornaria inócua a medida". Tais casos acham amoldamento constitucional ante da obrigação "de prestação jurisdicional efetiva, o que não seria realizado caso houvesse o contraditório prévio". No que diz respeito "às medidas cautelares pessoais, o art. 282, § 3º, do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei no 12.403/2011, exige, expressamente, a oportunização do contraditório prévio", salvo as circunstâncias urgentes e de ineficácia da medida, melhor explicando, "quando o contraditório

prévio impediria a efetividade da medida. Observa-se que são situações provisórias, modificáveis.” [182]

Antonio Magalhães Gomes Filho recorda acerca da importância do contraditório como fundamento de legitimidade e correção da prestação jurisdicional. Ele é a garantia de que as decisões judiciais sejam o resultado de um processo dialético, em que as versões e provas apresentadas por ambas as partes são consideradas para a reconstrução da verdade dos fatos.[183]

Assim é que durante a fase preliminar do processo penal, o contraditório autoriza ao defensor do investigado acessar elementos já documentados da investigação, exceto sob sigilo constitucional ou legal, conforme a Súmula Vinculante nº 14 do STF. A Lei 13.245/2016 introduziu mudanças significativas, como a relativização do sigilo investigativo em relação ao advogado do investigado (art. 7º, § 10, da Lei 8.906/1994) e estipulou que o acesso é limitado apenas a atos não documentados em situações que possam comprometer a investigação. O impedimento ao acesso pode resultar em abuso de autoridade.

Também, a ausência do Estado-acusação ou do defensor técnico nas audiências é motivo de nulidade do processo. O acusado deve ter presença garantida nas audiências e reconstituições do crime para o exercício pleno do contraditório e da defesa (arts. 9º e 10 do CPP). [184]

Nota-se, portanto, que o contraditório é fundamental em todas as fases processuais, inclusive na recursal, contrapondo-se aos artigos 589 e 601 do CPP que permitem recursos sem contrarrazões ou razões, o que é visto como inconstitucional. De fato, os pareceres do Ministério Público devem ser contraditados, e que na fase recursal a defesa deve falar sempre após a acusação.

Nessa linha de raciocínio a redação da Súmula 707 do STF, dispõe: "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."

A garantia do contraditório se estende a embargos declaratórios e procedimentos de execução penal, refutando por completo a ideia de que não seria necessário contraditório em procedimentos administrativos ou decisões judiciais relacionadas à execução da pena.

Em síntese, o princípio do contraditório é um dos núcleos do processo penal acusatório e democrático, pois sem ele, o processo penal degenera em um exercício arbitrário do poder estatal, e a busca pela verdade processual perde sua direção e sentido. É esse diálogo processual, dialeticidade, essa oportunidade de falar e responder, que molda um processo penal em conformidade com os direitos e garantias fundamentais, contribuindo para a realização da justiça.

4.2.2 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa é fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado um direito público subjetivo inerente ao acusado e um pilar essencial do devido processo legal.

> *A garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline (RE 255.397, Primeira Turma, Pertence, DJ de 7-5- 2004). (...) Não há afronta à garantia da ampla defesa no indeferimento de prova desnecessária ou irrelevante." (RE 345.580, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17-8-2004, Primeira Turma, DJ de 10-9-2004.)*

Este princípio está intimamente imbricado ao do contraditório, formando um binômio indissociável na estrutura da justiça penal e da dignidade da pessoa humana.

Ao garantir que nenhum acusado seja julgado sem defensor, conforme o art. 5º, LV, da Constituição Federal (CF), *in verbis:* "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". Também, no art. 261 do Código de Processo Penal (CPP), o sistema jurídico confere legitimidade ao processo e à eventual sanção penal.

O direito de defesa é um princípio fundamental, reconhecido por diversos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais. Internacionalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, em seu art. XI.1, assegura o direito à presunção de inocência e garantias para a defesa. O Convênio Europeu de Proteção dos Direitos Humanos de 1950 em seu art. 6.2, c, afirma o direito à autodefesa ou assistência de um advogado, inclusive gratuitamente se necessário. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966 em seu art. 14.3, d, amplia essas garantias, enfatizando o direito a um julgamento justo e à assistência jurídica gratuita se o acusado não puder pagar. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em seu art. 8º particulariza garantias judiciais para a ampla defesa, incluindo o direito a ser ouvido, o tempo para preparar a defesa, e a assistência de um defensor designado pelo Estado se necessário. [185]

Convém enfatizar que legislação brasileira, o direito à ampla defesa e ao contraditório está consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, com especial ênfase no Tribunal do Júri, onde se garante a "plenitude de defesa" (art. 5o, XXXVIII, a). No âmbito do Código de Processo Penal (CPP), a defesa técnica é obrigatória após a imputação criminal. O acusado deve ser citado para responder à acusação por escrito no prazo de dez dias (art. 396 do

CPP), com a nomeação de um advogado pelo Estado em caso de ausência de resposta (art. 396, § 2o, do CPP). [186]

Procedimentos semelhantes são adotados no Tribunal do Júri (arts. 406 e 408 do CPP). Em procedimentos especiais, como os previstos na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), a defesa preliminar é requerida antes do recebimento da denúncia (art. 55, caput e § 3º). O mesmo ocorre para o julgamento de crimes próprios de funcionários públicos, com prazo de resposta de 15 dias (art. 514 do CPP). No procedimento sumariíssimo da Lei nº 9.099/1995, a resposta também precede ao recebimento da denúncia (art. 81).[187]

Ademais, convém lembrar que ampla defesa se manifesta por meio de dois aspectos: a defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica, exercida por um advogado ou Defensor Público, é obrigatória e deve ser efetiva, a fim de garantir a isonomia entre as partes, como assegura o art. 263 do CPP. O direito à assistência judiciária gratuita aos vulneráveis está fundamentado no art. 5º, LXXIV, da CF, e a importância da eficácia dessa defesa é reforçada pela possibilidade de nulidade processual na sua ausência, conforme preceitua o art. 564, III, c, do CPP.

A autodefesa permite a intervenção direta do imputado no processo, assegurando o direito de audiência, de presença e de postulação pessoal. Este espectro de direitos é ampliado pelo art. 14.3, d, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e pelo art. 8º, 2, *d* e *e*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), que reforçam o direito de o acusado defender-se pessoalmente.

A plenitude de defesa, especificada no art. 5º, XXXVIII, da CF, é uma extensão da ampla defesa no âmbito do Tribunal do Júri, enfatizando a profundidade dessa garantia nos casos de crimes dolosos contra a vida.

Elucida Guilherme Madeira Dezem, que autodefesa se apresenta em três aspectos: (i) o direito de audiência; (b) o direito de presença e (c) o direito de postular pessoalmente.[188]

O direito de audiência se apresenta no direito do réu de oferecer pessoalmente a sua defesa ao juiz do processo.

A segunda manifestação da autodefesa é o direito de estar presente. Isto significa que o acusado tem o direito de comparecer pessoalmente a todos os processuais juntamente com o seu advogado ou seu defensor público.

Tais aspectos da autodefesa, direito de audiência e o direito de presença, foram mitigados, especialmente após a pandemia mundial de Covid-19, na qual a necessidade de evitar a propagação do vírus e o consequente uso massivo de novas tecnologias trouxeram reflexões ao campo jurídico, nesse sentido, interessante a lição de Dezem a seguir transcrita:

> *A partir do ano de 2020, a pandemia força uma maior reflexão sobre o tema. Fomos forçados a repensar o uso da tecnologia na prática de atos processuais de modo que podemos refletir esta questão sob dois enfoques: por que não utilizar a tecnologia para tomarmos os depoimentos das testemunhas que seriam ouvidas por carta precatória para serem ouvidas por videoconferência ou porque não permitirmos que o acusado participe da audiência por carta precatória por meio de videoconferência? A tecnologia pode e deve ser utilizada para aprofundar os direitos e garantias individuais.*[189]

Acerca da mitigação de tais aspectos da autodefesa, os tribunais brasileiros entenderam não existir afronta, quando da realização das audiências por videoconferência, a fim de ilustrar o dito, segue acórdão proferido pelo STJ:

> *HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO. CALAMIDADE PÚBLICA. PANDEMIA DE COVID-19. RESOLUÇÃO N. 329/2020 DO CNJ. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. 1. A conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. 2. O Conselho*

Nacional de Justiça e os órgãos judiciais nas diversas unidades da Federação e comarcas do País colocaram em ação inúmeras boas práticas no segmento tecnológico, que têm assegurado a milhões de brasileiros o acesso aos serviços prestados pelo Judiciário, entre as quais, uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência. 3. Para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, Magistrados e Tribunais devem observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020. 4. No caso, embora a regra geral – que deve sempre prevalecer – seja de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência. A audiência de instrução e julgamento virtual deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes, bem como devem ser adotadas todas as providências para buscar a máxima equivalência com o ato realizado presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência e a segurança da informação e da conexão. 5. Ordem denegada. Liminar sem efeito. Recomendação ao Juízo expedida, em atenção ao parecer do Ministério Público Federal, para que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/2020, do CNJ (fl. 413). (STJ-HABEAS CORPUS Nº 590.140 - MG (2020/0146502-7) RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR).

Sobre o direito de audiência e de presença, uma das suas materializações é a audiência de custódia. Direito reforçado em diversos artigos de tratados internacionais, a saber: o art. 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), os quais garantem o direito a ser ouvido e a ter uma audiência justa e em tempo razoável. O art. 9.3 do PIDCP e o art. 7.5 da CADH estabelecem que qualquer pessoa presa deve ser rapidamente levada perante um juiz, regra essa reiterada pelo art. 5.3 da CADH.

Assim, a prática da apresentação imediata em juízo após a prisão, especialmente em casos de flagrante, é essencial para assegurar o contraditório e a defesa antes que a detenção se converta em prisão preventiva.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem decisões relevantes, como nos casos Tibi vs. Equador e Espinoza Gonzáles vs. Peru, que enfatizam a necessidade de levar o detido

perante um juiz para avaliar a detenção e decidir sobre a liberação ou manutenção da prisão. No caso Bulacio vs. Argentina, a CIDH ressaltou a importância do controle judicial imediato para evitar arbitrariedade, e no caso Palamara Ibarne vs. Chile, apontou a violação do direito à audiência de custódia.

O Estado brasileiro, em atenção aos instrumentos internacionais citados nos parágrafos anteriores, dos quais é signatário, assim como, a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, dentre outras normas pertinentes, editou a Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, dispondo em seu art. 1º a realização de audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas da comunicação do flagrante.

Posteriormente, a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) alterou o art. 310 do CPP a fim de constar a obrigatoriedade da audiência de custódia, senão veja:

> *Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:*

Por fim, a terceira manifestação de autodefesa é o direito de se defender pessoalmente. Isso significa que o réu pode praticar determinados atos pessoalmente, sem necessidade de representação de defensor técnico (advogado ou defensor público). Assim, o réu pode pessoalmente interpor recurso, habeas corpus, fazer petições atinentes à execução da pena, como saída temporária, progressão de regime. [190]

Todavia, a autodefesa não é ilimitada. O que queremos dizer é que o arguido não pode praticar qualquer ato e pretender defender a sua conduta como expressão da auto defesa. [191]

A garantia da ampla defesa, importante mencionar, não se limita à sua dimensão formal, mas exige uma atuação substancial e efetiva, na qual a simples nomeação de um defensor não é suficiente, se não houver real preservação do direito de defesa em seus aspectos materiais. O STF sintetiza essa visão na Súmula 523, ao afirmar que a ausência de defesa é uma nulidade absoluta, enquanto a sua deficiência só anula o processo se houver prejuízo para o réu.

É importante ainda esclarecer que "enquanto a autodefesa é renunciável, a defesa técnica é irrenunciável, devendo o acusado ser sempre assistido por profissional legalmente habilitado conforme se depreende do art. 261 do CPP", o qual impõe "que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor."[192]

Isso em razão de que a defesa técnica no processo penal é essencial para assegurar o equilíbrio entre a acusação e a defesa, compensando a possível falta de conhecimento jurídico do acusado e garantindo que ele possa contestar a ação do Estado em igualdade de condições. Tal assistência jurídica é fornecida por um profissional especializado, com conhecimento técnico suficiente, reconhecendo que o acusado pode estar em desvantagem frente à autoridade estatal, o que é particularmente manifesto em casos de prisão cautelar, na qual o acusado tem sua capacidade de defesa ainda mais limitada, diante do cerceamento da sua liberdade.[193]

A defesa técnica, assim, é um direito indisponível e uma garantia do indivíduo, refletindo também um interesse da sociedade em assegurar um processo justo e a correta aplicação da lei. Trata-se de um componente chave da "paridade de armas", fundamental para a realização efetiva do contraditório e para a manutenção da imparcialidade do juiz. [194]

Ademais, a defesa técnica serve como um mecanismo de proteção ao sistema processual penal, assegurando que o processo decorra conforme as regras instituídas e que haja igualdade (não só a formal, mas principalmente a material) entre as partes. É uma exigência do princípio do devido processo legal, transcendendo a vontade individual do acusado, acaso queira não ser defendido, não possui tal faculdade. [195]

> *Com efeito, se a acusação formal só pode ser feita pelo Ministério Público (nas ações penais públicas) ou pelo ofendido por intermédio de advogado (nas ações penais privadas), sendo ambos profissionais, técnicos, portanto, não haveria igualdade de partes e tratamento isonômico se não fosse exigida defesa igualmente técnica e capacitada.*[196]

Por esse motivo, em caso de impossibilidade econômica de contratar um advogado ou caso o réu por mera liberalidade não o contrate, o Estado tem a responsabilidade de oferecer um "Serviço Público de Defesa". Especialmente constituído para aqueles que não têm condições de contratar um defensor, sendo este um direito constitucionalmente garantido. No Brasil, a Defensoria Pública desempenha essa função vital, assegurando a orientação jurídica e a defesa dos necessitados em todos os graus do processo judicial, conforme estabelecido no art. 134 da Constituição Brasileira. [197]

Ademais, a importância da defesa técnica está também legalmente fundada no art. 261 do Código de Processo Penal (CPP), que dispõe que nenhum réu será processado ou julgado sem a presença de um defensor, garantindo assim o direito à ampla defesa e ao contraditório, princípios fundamentais de um sistema jurídico justo e igualitário.

A defesa técnica também é encontrada nos seguintes dispositivos legais, conforme a lição de Renato Marcão:

> *Em atenção ao art. 5º, LV, da CF, dispõe o art. 261, caput, do CPP, que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". O*

> *art. 5º, LXXIV, da CF, assegura ao acusado pobre o direito à assistência judiciária gratuita. Diz o art. 263, caput, do CPP, que: "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". Conforme o disposto no § 2º do art. 396-A do CPP, se após regular citação o acusado não constituir defensor e por isso deixar de apresentar sua primeira defesa escrita, o juiz nomeará defensor para oferecê-la.*[198]

Em síntese, o conceito de ampla defesa engloba o direito de responder e defender-se da acusação imputada ao réu, de resistir, por meio de defensor e/ou pessoalmente, além de incluir o direito ao silêncio e à paridade de armas. Trata-se de uma garantia pujante que preserva não somente a legalidade, mas também a legitimidade do processo penal, alinhada com os preceitos da dignidade da pessoa humana e os fundamentos do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, do sistema acusatório.

4.3 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência é um baldrame fundamental do Estado Democrático de Direito e está profundamente ligado ao princípio do devido processo legal. Instituído pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, ele assegura que uma pessoa só será considerada culpada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso significa que, até que haja uma decisão final e incontestável da Justiça, o acusado é deve ser tratado como inocente.

O princípio da presunção de inocência é refletido em todas as etapas do processo penal, na fase de persecução penal. Assim, durante a instrução processual, cria uma presunção legal de não culpabilidade e transfere para a acusação o ônus de provar a culpa. Na análise das provas, exige que qualquer dúvida seja interpretada em favor do réu, *in dubio pro reo*.[199]

Ademais, quanto ao tratamento do acusado durante o processo, este princípio norteia decisões sobre medidas cautelares, como a prisão preventiva, interceptação telefônica, dentre outros, ponderando sempre a necessidade de proteger os direitos e garantias fundamentais, como a liberdade, a intimidade e a propriedade, por exemplo.

Importante mencionar que responsabilidade de efetivar esse princípio é compartilhada pelos três Poderes do Estado: ao poder Legislativo, o de criar leis que harmonizem a persecução penal com os direitos do acusado, ao Executivo o de sancionar tais leis, bem como na implementação de políticas de segurança pública e na atuação dos agentes estatais e, por fim, ao Judiciário, o de garantir que as decisões e os atos processuais sejam consistentes com a Constituição.[200]

Embora o texto constitucional pareça ter conteúdo cristalino, houveram divergência quanto ao alcance da norma. De fato, até 17 de fevereiro de 2016, prevalecia na Suprema Corte o entendimento de que a pena só poderia ser executada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, em respeito ao princípio da presunção de inocência. Todavia, com o julgamento do HC 126.292 pelo ministro Teori Zavascki, houve uma reviravolta interpretativa que permitiu a execução provisória da pena após decisão condenatória em segundo grau. Tal decisão se deu, em grande parte, como um meio de adiantar o cumprimento da pena em grandes operações criminais, com importante repercussão midiática, a exemplo da Operação Lava-Jato.

A Corte Constitucional, argumentou, naquela quadra histórica, que o cumprimento da pena após confirmação da condenação em segunda instancia não ofendia o princípio constitucional da presunção de inocência, sustentado pelo art. 5º, LVII, da

Constituição Federal. Isso diante do fato de que os recursos a instâncias superiores, ou seja, recurso especial e extraordinário, não possuem efeito suspensivo de acordo com o artigo 637 do CPP, e não possuem condão de discutir matéria de fatos e provas, mas questões de direito. Com base em tais premissas, consolidou-se a ideia de uma presunção de inocência mitigada, na qual o princípio se esgotaria com a confirmação da sentença em segunda instância, permitindo a prisão antes do trânsito em julgado, tal prisão de acordo com esse entendimento, não se revestiria de prisão cautelar, mas de antecipação do cumprimento da pena.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de seus Ministros, decidiu que o cumprimento da pena deve aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, após esgotados todos os recursos, conforme artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) e artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, em 7 de novembro de 2019, os Ministros alteraram o entendimento, a fim de dar validade ao texto constitucional. Os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli votaram no mesmo sentido, alinhando-a com o princípio da presunção de inocência expresso no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Todavia, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia foram vencidos. Eles consideravam que a execução da pena após decisão de segunda instância não contraria o princípio constitucional da presunção de inocência. A decisão do STF permite prisão antes do fim dos recursos em casos excepcionais, desde que atendidos os requisitos do artigo 312 do CPP, ou seja, quando presentes os

requisitos da prisão preventiva. Veja a transcrição da ementa do julgamento:

> *PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07-11-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020)*

Ademais, discute-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a conformidade de certas normas infraconstitucionais com este princípio, demonstrando sua relevância e a necessidade de uma aplicação cuidadosa para preservar os direitos fundamentais e manter a justiça no processo penal.

De fato, há a necessidade de que medidas que limitem os direitos individuais, como a quebra de sigilos (telefônico, telemático, fiscal, entre outros), a busca domiciliar e própria prisão cautelar, sejam exceções e absolutamente necessárias, não se tornando a regra. Estas medidas devem estar alinhadas com o princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*, que prioriza a inocência do réu em caso de dúvida, assegurando sua absolvição.[201]

O princípio em análise tem como consequência também o direito ao silêncio para evitar autoincriminação, dado que a premissa é a inocência. Sobre o direito à não incriminação, o STF no julgamento da ADPF n. 444, revelou inconstitucional a condução coercitiva do acusado/investigado para fins de participar de interrogatório, elucidativa é a ementa do acórdão:

> *1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo*

prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando "transcrito literalmente o texto legal impugnado" e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrario sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, consequentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito 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. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do CPP. (STF-ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14-06-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019)

Além das consequências acima mencionadas, o princípio da presunção de inocência, reforça a ideia de que o Direito Penal deve intervir minimamente na vida do cidadão e somente deve criminalizar condutas que são verdadeiramente danosas à sociedade, rejeitando a penalização de atos insignificantes ou triviais. [202]

Por fim, conforme explicações acima apresentadas, "são princípios consequenciais da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo, favor rei, favor inocentiae, favor libertatis*) e da imunidade à autoacusação", conforme de Nucci.[203]

4.4 Princípio do Juiz Natural

O princípio do juiz natural funda-se no direito do acusado de ser processado por juiz competente, trata-se de um direito fundamental, pautado no art. 5º, LIII, Constituição Federal, "*ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente*".

Também, a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Estado brasileiro é signatário, o artigo 8º ordena que toda pessoa tem o direito de ser ouvida por um "juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei".

Assim, o princípio do juiz natural diz respeito à existência de juízo apropriado para o julgamento de determinada ação, de acordo as regras de fixação de competência, previstas em lei válida.

Tal princípio é decorrente dos consequências históricas, especialmente após a Segunda Guerra, pois diante da ausência de um Tribunal Penal Internacional preexistente aos crimes cometidos na grande guerra, foram criados tribunais de exceção, ou seja, tribunais constituídos para decidir sobre casos que já tinham acontecido e especificamente para tal fim, sendo o mais conhecido o Tribunal de Nuremberg, esse fato vicia imparcialidade do juiz e

afronta a garantia fundamental de ser julgado por um juiz/órgão, competente, criado antes do fato ocorrer.

A proibição à criação de juízos ou de tribunais de exceção é decorrente do princípio do juiz natural e encontra-se no artigo 5º, XXXVII da Constituição Federal, *in verbis: "não haverá juízo ou tribunal de exceção"*. Portanto, de acordo com a Constituição, todos têm direito a um julgamento justo, para tanto, o julgador e o órgão devem ser imparciais e preexistentes ao fato delituoso.

Contudo, a criação de uma Vara Especializada não suscita qualquer forma de parcialidade, nesse sentido, o STJ ao julgar o HC n. 102.193: "A redistribuição do feito decorrente da criação de nova vara não viola o princípio do juiz natural, uma vez que a garantia constitucional permite posteriores alterações da organização judiciária".

Outro entendimento do STJ que merece menção, foi fixado no julgamento do HC 449.361, no qual a Quinta Turma definiu entendimento de que não viola o juiz natural a designação de magistrados para, em mutirão carcerário, atuar em ações criminais e execuções penais, senão veja:

> *No caso concreto, não houve escolha de magistrados para julgamento deste ou daquele processo. Pelo contrário, a designação se deu de maneira ampla e indiscriminada para a atuação em período certo de tempo, de modo a conferir eficiência à prestação jurisdicional e efetividade ao princípio da duração razoável dos processos. (STJ, HC 449.361, Min. Reynaldo Soares da Fonseca).*

Abaixo seguem outras jurisprudências importantes sobre o assunto:

> *(...) não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial." (HC 96.821, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 8-4-2010, Plenário, DJE de 25-6-2010.) No mesmo sentido: AI 813.955-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-5-2011, Segunda Turma, DJE de 24-5-2011.*
> *Aplicação da Súmula 704. Não viola as garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal, a atração, por conexão ou continência, do*

> *processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados, a qual é irrenunciável." (Inq 2.424, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, DJE de 26-3-2010.) No mesmo sentido: Inq 2.704, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 17- 10-2012, Plenário, DJE de 27-2-2013; HC 91.224, rel. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-10-2007, Plenário, DJE de 16-5-2008*

Destarte, o princípio em análise vai além de simplesmente determinar qual juízo é competente; também se refere à autoridade competente e rejeita a ideia de que atos processuais possam ser válidos se realizados em juízo incompetente. Ademais, a Constituição, no art. 5º, inciso LIII, assegura que o acusado tem o direito de ser processado e julgado por um órgão judicial devidamente constituído, imparcial e previamente estabelecido, sem margem para a criação de tribunais ou juízos de exceção, ou para a designação de juízes *ad hoc* em função do réu envolvido.

Norberto Avena apresenta, de acordo com seu entendimento, exemplos que violam o princípio do juiz natural, o que diferiria da incompetência do juízo, *ratione materiae, ratione personae e ratione loci*, que trata-se de matéria infraconstitucional, como determinado pelo art. 564, I, do Código de Processo Penal (CPP), segundo o autor, tais hipóteses são de incompetência, pois apenas o juiz, e não o órgão, seria o incompetente, o que difere das situações abaixo transcritas, nelas há violação do juízo natural, pois o órgão é incompetente, como consequência, o juiz também, veja:

> *Exemplos em que se considera violado o princípio do juiz natural: 1) Processo e julgamento pela Justiça Comum de crime sujeito à competência da Justiça Militar. A violação às regras de competência acarreta, nesse caso, natural e lógica ofensa ao princípio do juiz natural. 2)Processo e julgamento, por juiz de direito, de quem detenha foro por prerrogativa de função nos tribunais. 3) Desaforamento da sessão de julgamento pelo júri, quando inocorrentes as hipóteses do art. 427 do CPP, isto é, interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade dos jurados e segurança pessoal do acusado. Atente-se que, de acordo com o art. 428 do CPP, o desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de seis meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia. Quanto a este último permissivo, reputamos questionável a sua constitucionalidade diante do princípio do juiz natural. Ora, nos processos de competência do tribunal do júri, o*

> *desaforamento apenas pode ser deferido quando justificado em razões que traduzam o interesse da sociedade ou o interesse do réu no deslocamento da competência, aspectos estes que constituem, em última análise, o substrato das hipóteses de deslocamento contempladas no citado art. 427. Já a questão relativa ao atraso do júri por motivo de excesso de serviço possui origem distinta, relacionando-se, isto sim, com omissão do Estado em conferir ao Poder Judiciário a estrutura necessária para agilizar o desiderato dos processos ao seu cargo. Tal motivo, a nosso sentir, não deve autorizar nem que se subtraia da coletividade do local em que ocorreu o fato a prerrogativa de julgar o crime doloso contra a vida, nem que se retire do réu o direito de ser julgado nesse mesmo lugar.*[204]

Destarte, o princípio do juiz natural protege os indivíduos contra julgamentos arbitrários ou parciais, assegurando a imparcialidade e a legalidade do processo penal. É uma garantia contra a manipulação do Poder Judiciário e assegura a previsibilidade e a confiança nas instituições de justiça, evitando tribunais criados especificamente para casos particulares ou a designação de magistrados por razões subjetivas relacionadas ao acusado.

4.5 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está previsto nos arts. 5.º, LX, XXXIII, e 93, IX, da Constituição Federal, sendo inerente ao processo acusatório. Significa que "os atos processuais devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-los, sem segredos e sem sigilo. É justamente o que permite o controle social dos atos e decisões do Poder Judiciário".[205]

Todavia, tal princípio não é absoluto, sendo que a própria Constituição Federal em art. 5.º, LX, apresenta as situações excepcionais que não se aplica o princípio da publicidade, a saber: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem", em tais casos o juiz irá limitar o acesso aos autos do processo às partes envolvidas.

Leciona Nucci que a depender da situação especifica, o réu poderá ser afastado da sala de sala de audiências, permanecendo,

contudo, o seu advogado. “Note-se, no entanto, que jamais haverá sigilo total, fazendo com que o magistrado conduza o processo sem o acesso dos órgãos de acusação e defesa, bem como jamais realizará um ato processual válido” sem que exista a presença do promotor e do defensor. [206]

Sobre o tema, elucidativas as ementas a seguir transcritas:

> *(...) na linha do entendimento do Plenário (seguindo precedentes da Primeira Turma: RE 634.795/RS-AgR-ED, RE 634.434/PR-AgR e RE 634.796/RS-AgR, todos de minha relatoria, de 20-11-2012), que fica determinada a reautuação do feito, com a inserção do nome completo do denunciado, visto que a causa não guarda relação com nenhuma das hipóteses que autorizam o sigilo. (Inq 3.215, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 4-4-2013, Plenário, DJE de 25-9-2013.)*
> *O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o Parquet, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu advogado. O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao advogado por este constituído, que terão direito de acesso considerado o princípio da comunhão das provas a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.” (HC 89.837, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20-10-2009, Segunda Turma, DJE de 20-11-2009.) No mesmo sentido: HC 84.965, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 13-12- 2011, Segunda Turma, DJE de 11-4-2012; Rcl 12.810-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 28-10-2011, DJE de 7-11-2011.*

Guilherme Souza Nucci apresenta uma “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 – publicidade específica – “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”. Assim, o que é passível de limitação “é a publicidade geral, jamais a específica”[207], como bem ilustrado na jurisprudência acima colacionada.

Frederico Marques[208] classifica o princípio em publicidade imediata e publicidade mediata. O primeiro, "quando os atos do procedimento estão ao alcance do público em geral"; no segundo, quando "os atos processuais só se tornam públicos por meio de informe ou certidão sobre sua realização e seu conteúdo".

O art. 201, § 6.º, do CPP, alterado pela Lei 11.690/2008, assim dispõe:

> *O juiz tomará 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.*

E o CPC, Lei 13.105/2015, fonte subsidiária do processo penal, dispõe, no art. 11:

> *Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.*

Acerca da votação pelos jurados, no Tribunal do Júri, a doutrina diverge sobre da forma como ela ocorre. Assim, há entendimentos doutrinários, como os de José Lisboa da Gama Malcher[209], Tourinho Filho[210] e Lenio Luiz Streck[211], que diferenciam o sigilo das votações, equivalente ao voto secreto, do sigilo na votação, ou seja, sessão secreta, esta última proibida pela Constituição. Os juristas defendem a publicidade no Tribunal do Júri, ou seja, embora a votação dos jurados deva permanecer secreta para proteger o sigilo das votações, de acordo com o art. 93, IX, da CRFB, ela deveria ocorrer publicamente, fora da sala secreta, o que acarretaria a democratização do Tribunal do Júri.

Contrariando a interpretação apresentada no parágrafo anterior, Carlos Maximiliano[212], defende, com base na hermenêutica, que a

distinção deve ser feita entre o julgamento público do Tribunal do Júri e a votação secreta dos jurados, necessária para assegurar a independência das decisões do Conselho de Sentença.

Apesar de divergentes correntes apresentadas alhures, importa enfatizar, que inexiste em um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), "espaço possível reservado ao mistério". A publicidade dos atos processuais é elemento constituinte do devido processo legal e como tal, de um processo acusatório, "e representa uma das mais sólidas garantias do direito de defesa, pois a própria sociedade tem interesse em presenciar e/ou conhecer a realização da justiça".[213]

4.6 Princípio da Legalidade

Já foi possível compreender que devido processo legal assenta suas "raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena". Ademais, atualmente, "representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo criminal".[214]

Com efeito, em consonância com o princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, assim como no artigo 1º do Código Penal, "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

Explica Renato Marcão[215] que dessa máxima jurídica exsurge a imprescindibilidade de uma vinculação estrita à lei para a que ocorra um fato crimino e, por conseguinte, instauração da persecução penal, seja em sua fase investigatória, por meio do inquérito policial, seja no âmbito processual, condicionada esta à existência de um substrato mínimo que denote a ocorrência de um ilícito penal e dê justa causa para o início da ação penal.

Ao longo da tramitação processual penal, desde o seu início até a sua conclusão, impera o postulado de que todos os atos praticados devem estar em estrita conformidade com o ordenamento jurídico vigente, refletindo a sujeição e acatamento aos preceitos legais pertinentes. Ao passo que ao indivíduo é facultado agir segundo sua alvitre em tudo que não lhe seja vedado pela lei, ao Estado impõe-se a obrigatoriedade de agir unicamente nos moldes autorizados pelo ordenamento jurídico, conforme se denota, o princípio da legalidade possui dois sentidos, um ao particular e outro ao Estado.

Ilustrativo o trecho de acórdão proferido pelo STJ, a seguir transcrito:

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. [...] 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. [...] 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.)*

Destarte, no recinto do Estado Democrático de Direito, como bem pontuado pelo eminente Celso Antônio Bandeira de Mello[216], a Administração Pública está adstrita a atuar sob a égide da lei, canalizando seus esforços para a fiel execução dos objetivos

preconizados pela normativa legal, princípio este que se estende a todas as esferas de exercício do poder estatal.

4.7 Princípio Acusatório e da Iniciativa das Partes

O princípio acusatório e o consequente princípio de iniciativa das partes, também denominado de *ne procedat judex ex officio,* materializa a regra da inércia da jurisdição e engendra consequências práticas importantes em relação ao desenrolar da ação penal, ou seja, ao desenvolvimento válido do processo e, até mesmo, no que diz respeito à fase recursal. Na seara do processo civil, este princípio é conhecido como princípio dispositivo.[217]

O primeiro aspecto 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 (CF, art. 129, I; CPP, art. 24), e do ofendido (vítima) nos delitos de ação penal privada (CPP, arts. 29 e 30), assim como, do ingresso de ação penal privada subsidiária da pública nos termos do art. 29 do CPP.

O direito de agir (ação), exercido em regra pelo Ministério Público, por meio do oferecimento da denúncia, ou da queixa-crime no caso do ofendido – *nemo judex sine actore* – instaura a jurisdição e, como consequência, o processo. São ilustrativos os exemplos apresentados por Paulo Rangel:

> *Tício comete um homicídio e o fato é noticiado em todos os jornais. Todos os juízes tomam conhecimento, porém nada podem fazer, pois a persecução penal deve ser realizada pelo Ministério Público. Assim, o Ministério Público (por meio do promotor natural) deve agir e, se não o fizer, poderá responder por essa omissão. O juiz, nesse caso, não responderá pela sua omissão, pois não pode agir de ofício. (É só um exemplo)*[218]

O segundo aspecto é o reconhecimento de ser incombinável com o "sistema vigente a iniciativa de qualquer ação penal pelo próprio juiz, para que ele mesmo julgue. A jurisdição é inerte; o juiz não

pode proceder de ofício à instauração de ação penal (*ne procedat judex ex officio*)". Ademais, o princípio da imparcialidade do juiz proíbe "que ele seja, ao mesmo tempo, autor e juiz da causa. Não há qualquer possibilidade jurídica de que tal superposição de funções ocorra validamente". [219]

Sobre o tema, veja:

> *A violação do princípio acusatório, decorrente da inobservância da separação entre as funções de acusar e julgar pela autoridade judicial, anula a decisão de recebimento do aditamento à denúncia." (RHC 120.379-ED, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 23-6-2015, Primeira Turma, DJE de 16-9-2015.)*
> *Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao delegado de polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013." (HC 115.015, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 27-8-2013, Segunda Turma, DJE de 12-9-2013.)*

Destarte, no cume da ordem jurídica processual penal, o princípio acusatório é a pedra angular que mantém a estrutura da jurisdição penal e conserva o juiz em uma posição de equidistância das partes, garantindo sua imparcialidade.

Assim, consolida-se a doutrina processual penal na máxima de que a justa repartição da justiça penal tão-somente se aperfeiçoa sob a égide separação das funções de acusar e defender e na imparcialidade do julgador, essencial para a legitimidade e a equidade do processo.

4.8 Princípio da Imparcialidade do Juiz

A exigência de que toda decisão judicial seja proferida por um magistrado ou órgão colegiado que se pautem pela imparcialidade transpõe as fronteiras normativas do direito brasileiro e se insere nos cânones internacionais de administração da justiça.

Tal princípio é validado por diversos instrumentos de direito internacional, a exemplo do artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, que assegura o direito a um julgamento justo e público por um tribunal independente e imparcial; do artigo 26.2 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem - DADH, que garante a qualquer pessoa acusada de delito o direito a ser ouvida de forma imparcial; do artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, que impõe o direito a um julgamento com as devidas garantias, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial; do artigo 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP, que reitera este direito; e do artigo 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que dispõe o direito à análise equitativa e público da causa, por um tribunal independente e imparcial.[220]

A imparcialidade é contemplada por tantas normas internacionais, tendo em vista ser inerente ao processo acusatório, assim:

> *A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.*[221]

Tendo em vista a ratificação da CADH pelo Estado brasileiro, a imparcialidade é parte constituinte do ordenamento jurídico pátrio, assumindo posição hierárquica supralegal. O princípio da imparcialidade é, ainda, efeito direto do princípio do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que prescreve a obrigação de uma tutela jurisdicional criminal justa e efetiva. A imparcialidade e a independência do juiz/julgador são princípios universais, derivados tanto do direito natural quanto do

positivo, e constituem requisitos pessoais e institucionais cuja ausência é sinônimo de negação de justiça e descrédito do sistema jurisdicional, conforme manifestado na Opinião Consultiva OC-20/2009.[222]

O princípio da imparcialidade, portanto, "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 lide, ou seja, julgar de maneira categoricamente neutra, "vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo".[223]

Assim, a fim de "garantir essa imparcialidade, a Constituição Federal estabelece ao magistrado as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 95)", impedindo, da mesma forma, juízo ou tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII). [224]

A doutrina apresenta dois tipos de imparcialidade, a subjetiva e a objetiva. "A imparcialidade subjetiva do magistrado também vem garantida pelas regras relativas a suspeição, impedimento e incompatibilidade". Com efeito, a fim de resguardar "as hipóteses de imparcialidade subjetiva do magistrado o código estabelece três diferentes situações": a) suspeição: previstas no art. 254 do CPP; b) impedimento: art. 252 do CPP; c) incompatibilidade: art. 253 do CPP.[225]

O conceito de imparcialidade objetiva refere-se à necessidade de um magistrado oferecer garantias suficientes que afastem qualquer suspeita sobre sua imparcialidade. Este conceito foi cunhado primeiramente pela Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso Piersack vs. Bélgica, no qual se discerniu entre a abordagem subjetiva da imparcialidade e a objetiva, sendo a última focada nas

garantias externas oferecidas pelo juiz para dissuadir dúvidas legítimas sobre sua imparcialidade.

A importância da imparcialidade objetiva foi ainda reforçada no caso Castillo-Algar contra Espanha, no qual a participação de magistrados em fases distintas do processo foi vista como prejudicial à sua imparcialidade, derivando em mudanças significativas no processo penal europeu e influenciando a legislação e as decisões judiciais nos tribunais constitucionais dos países partes.

Tais questões pertinentes à imparcialidade do juiz, serão melhores debatidos quando da análise das questões processuais incidentes. Nesse momento, cumpre colacionar duas ementas que bem ilustram o tema apresentado no presente tópico:

> *DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PARCIALIDADE JUDICIAL E SISTEMA ACUSATÓRIO. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE EXAME DA SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO SUPERVENIENTE DO MIN. EDSON FACHIN, NOS AUTOS DO HABEAS CORPUS 193.726-DF, QUE RECONHECEU A INCOMPETÊNCIA DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR COMO PEDRA DE TOQUE DO DIREITO PROCESSUAL PENAL. ANTECEDENTES DA BIOGRAFIA DE UM JUIZ ACUSADOR. DESNECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS DIÁLOGOS OBTIDOS NA OPERAÇÃO SPOOFING. ELEMENTOS PROBATÓRIOS POTENCIALMENTE ILÍCITOS. EXISTÊNCIA DE 7 (SETE) FATOS QUE DENOTAM A PERDA DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO DESDE A ÉPOCA DA IMPETRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. ART. 101 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM EM HABEAS CORPUS CONCEDIDA PARA ANULAR TODOS OS ATOS DECISÓRIOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA AÇÃO PENAL 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (TRIPLEX DO GUARUJÁ), INCLUINDO OS ATOS PRATICADOS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. 1. Conhecimento da matéria em Habeas Corpus. É possível o exame da alegação de parcialidade do magistrado em sede de Habeas Corpus se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos do remédio colateral, restar evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial das decisões das instâncias inferiores. Precedentes: RHC-AgR 127.256, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 10.3.2016; RHC 119.892, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.10.2015; HC 77.622, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 29.10.1999. 2. Questão de ordem de prejudicialidade da impetração. A Segunda Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Ministro Edson Fachin, decidindo que a decisão proferida pelo Relator, nos autos dos Embargos de Declaração no Habeas Corpus 193.726, em 8.3.2021, não acarretou a prejudicialidade do Habeas Corpus 164.493, vencido, nesse ponto, tão somente o Ministro Edson Fachin. A decisão monocrática*

proferida pelo Ministro Edson Fachin nos autos do Habeas Corpus 193.726 ED não gerou prejuízo do Habeas Corpus 164.493-DF, porquanto (i) cuida-se de decisão individual do Relator; (ii) não há identidade entre os objetos do Habeas Corpus 193.726 e do Habeas Corpus 164.493, já que neste se discute a suspeição do magistrado e naquele se aponta a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, o que não se limita ao debate sobre a validade dos atos decisórios praticados pelo ex-Juiz Sergio Moro; e (iii) a questão da suspeição precede a discussão sobre incompetência, nos termos do art. 96 do Código de Processo Penal. 3. Imparcialidade como pedra de toque do processo penal. A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva; é prevista em diversas fontes do direito internacional como garantia elementar da proteção aos direitos humanos (Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Europeia de Direitos Humanos), além de ser tal garantia vastamente consagrada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Duque Vs. Colombia, 2016) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Castillo Algar v. Espanha, 1998, e Morel v. França, 2000). 4. Antecedentes da biografia de um Juiz acusador. O STF já avaliou, em diversas ocasiões, alegações de que o ex-magistrado Sergio Fernando Moro teria ultrapassado os limites do sistema acusatório. No julgamento do Habeas Corpus 95.518/PR, no qual se questionava a atuação do Juiz na chamada Operação Banestado, a Segunda Turma determinou o encaminhamento das denúncias à Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diante da constatação de que o juiz havia reiteradamente proferido decisões contrárias a ordens de instâncias superiores, bem como adotado estratégias de monitoramento de advogados dos réus. Na ocasião, reconheceu o Min. Celso de Mello que "o interesse pessoal que o magistrado revela em determinado procedimento persecutório, adotando medidas que fogem à ortodoxia dos meios que o ordenamento positivo coloca à disposição do poder público, transforma a atividade do magistrado numa atividade de verdadeira investigação penal. É o magistrado investigador". (HC 95.518, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 19.3.2014). A Segunda Turma já decidiu que o ex-Juiz Sergio Moro abusou do poder judicante ao realizar, de ofício, a juntada e o levantamento do sigilo dos termos de delação do ex-ministro Antônio Palocci às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018 (HC 163.943 AgR, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 4.8.2020, DJe 10.9.2020). O STF reconheceu explicitamente a quebra da imparcialidade do magistrado, destacando que, ao condenar o doleiro Paulo Roberto Krug, ainda no âmbito da chamada Operação Banestado, o ex-Juiz Sergio Moro "se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório" (RHC 144.615 AgR, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 25.8.2020, DJe 27.10.2020). 5. Desnecessidade de utilização dos diálogos obtidos na Operação Spoofing. Os diálogos apreendidos na Operação Spoofing, que, nos últimos doze meses, foram objeto de intensa veiculação pelos portais jornalísticos, destacam conversas entre acusadores e o julgador – Procuradores da República e o ex-Juiz Sergio Moro. As conversas obtidas sugerem que o julgador definia os limites da acusação e atuava em conjunto com o

órgão de acusação. O debate sobre o uso dessas mensagens toca diretamente na temática das provas ilícitas no processo penal. O Supremo Tribunal Federal já assentou que o interesse de proteção às liberdades do réu pode justificar relativização à ilicitude da prova. Todavia, a conclusão sobre a parcialidade do julgador é aferível tão somente a partir dos fatos narrados na impetração original, sendo desnecessária a valoração dos elementos de prova de origem potencialmente ilícita pela defesa, que nem sequer constam dos autos deste Habeas Corpus. 6. Existência de 7 (sete) fatos que denotam a parcialidade do magistrado. As alegações suscitadas neste HC são restritas a fatos necessariamente delimitados e anteriores à sua impetração. 6.1. O primeiro fato indicador da parcialidade do magistrado consiste em decisão, de 4.3.2016, que ordenou a realização de uma espetaculosa condução coercitiva do então investigado, sem que fosse oportunizada previamente sua intimação pessoal para comparecimento em juízo, como exige o art. 260 do CPP. Foi com o intuito de impedir incidentes desse gênero que o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida de instrução criminal forçada, ante o comprometimento dos preceitos constitucionais do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação. (ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14.6.2018, DJe 22.5.2019). No caso concreto, a decisão que ordenou a condução coercitiva não respeitou as balizas legais e propiciou uma exposição atentatória à dignidade e à presunção de inocência do investigado. 6.2. O segundo fato elucidativo da atuação enviesada do juiz consistiu em flagrante violação do direito constitucional à ampla defesa do paciente. O ex-juiz realizou a quebra de sigilos telefônicos do paciente, de seus familiares e até mesmo de seus advogados, com o intuito de monitorar e antecipar as estratégias defensivas. Tanto a interceptação do ramal-tronco do escritório de advocacia Teixeira, Martins & Advogados quanto a interceptação do telefone celular do advogado Roberto Teixeira perduraram por quase 30 (trinta dias), de 19.2.2016 a 16.3.2016. Durante esse período, foram ouvidas e gravadas todas as conversas havidas entre os 25 (vinte e cinco) advogados integrantes da sociedade, bem como entre o advogado Roberto Teixeira e o paciente. 6.3. O terceiro fato indicativo da parcialidade do juiz traduz-se na divulgação de conversas obtidas em interceptações telefônicas do paciente com familiares e terceiros. Os vazamentos se deram em 16.3.2016, momento de enorme tensão na sociedade brasileira, quando o paciente havia sido nomeado Ministro da Casa Civil da Presidência da República. Houve intensa discussão sobre tal ato e ampla efervescência social em crítica ao cenário político brasileiro. Em decisão de 31.3.2016, o Min. Teori Zavascki, nos autos da Reclamação 23.457, reconheceu que a deicsão do ex-Juiz que ordenou os vazamentos violou a competência do STF, ante ao envolvimento de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, e ainda se revelou ilícita por envolver a divulgação de trechos diálogos captados após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas. O vazamento das interceptações, além de reconhecidamente ilegal, foi manipuladamente seletivo. 6.4. O quarto fato indicativo da quebra de imparcialidade do magistrado aconteceu em 2018, quando o magistrado atuou para que não fosse dado cumprimento à ordem do Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Rogério Favreto, que concedera ordem de habeas corpus para determinar a liberdade do ex-Presidente Lula (HC 5025614- 40.2018.4.04.0000 – Doc. 30), de modo a possibilitar-lhe a participação no "processo democrático das eleições nacionais, seja nos atos internos partidários, seja na ações de pré-campanha". Mesmo sem jurisdição sobre o caso e em período de férias, o ex-Juiz Sergio Moro atuou intensamente para evitar o cumprimento da ordem, a ponto de telefonar ao então

Diretor-Geral da Polícia Federal Maurício Valeixo e sustentar o descumprimento da liminar, agindo como se membro do Ministério Público fosse, com o objetivo de manter a prisão de réu em caso em que já havia se manifestado como julgador. 6.5. O quinto fato indicativo da quebra de imparcialidade do magistrado coincide com a prolação da sentença na ação penal do chamado Caso Triplex. Ao proferir a sentença condenatória, o ex-Juiz Sergio Moro fez constar claramente diversas expressões de sua percepção no sentido de uma pretensa atuação abusiva da defesa do paciente. O próprio julgador afirmou que, em sua percepção, a defesa teria atuado de modo agressivo, com comportamentos processuais inadequados, visando a ofender-lhe. Diante disso, alega que "em relação a essas medidas processuais questionáveis e ao comportamento processual inadequado, vale a regra prevista no art. 256 do CPP ('a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la')" (eDOC 7, p. 35). 6.6. O sexto fato indicador da violação do dever de independência da autoridade judiciária consiste na decisão tomada pelo magistrado, em 1º.10.2018, de ordenar o levantamento do sigilo e o translado de parte dos depoimentos prestados por Antônio Palocci Filho em acordo de colaboração premiada para os autos da Ação Penal 5063130- 17.2016.4.04.7000 (instituto Lula). Quando referido acordo foi juntado aos autos da referida ação penal, a fase de instrução processual já havia sido encerrada, o que sugere que os termos do referido acordo nem sequer estariam aptos a fundamentar a prolação da sentença. Além disso, os termos do acordo foram juntados cerca de 3 (três) meses após a decisão judicial que o homologou, para coincidir com a véspera das eleições. Por fim, tanto a juntada do acordo aos autos quanto o levantamento do seu sigilo ocorreram por iniciativa do próprio juiz, isto é, sem qualquer provocação do órgão acusatório. A Segunda Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental no HC 163.493, reconheceu a ilegalidade tanto do levantamento do sigilo quanto do translado para os autos de ação penal de trechos de depoimento prestado por delator, em acordo de colaboração premiada (HC 163.943 AgR, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 10.9.2020). 6.7. O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, que há muito despontava como principal adversário político do paciente. Sergio Moro decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva. O ex-juiz foi diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente. A extrema perplexidade com a aceitação de cargo político no Governo que o ex-magistrado ajudou a eleger não passou despercebida pela comunidade acadêmica nacional e internacional. 7. Ordem de habeas corpus concedida. O reconhecimento da suspeição do magistrado implica a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado, no âmbito da Ação Penal 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do art. 101 do Código de Processo Penal.(HC 164493, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23-03-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 02-06-2021 PUBLIC 04-06-2021)

[...] Abstraídos os demais fundamentos do pedido, estou em que se patenteia, no caso, quebra da chamada imparcialidade objetiva, de que deve, como cláusula elementar do princípio constitucional do justo processo da lei (due process of law), revestir-se, na situação de cada causa, o magistrado competente para decidi-la. E, por implicar nulidade absoluta, o vício processual, que é grave, pode pronunciado, até de ofício, a

qualquer tempo, prescindindo, sobre a questão, de juízo anterior dos órgãos jurisdicionais que antecederam a esta Corte no julgamento do caso, donde não haver espaço para cogitar-se de supressão de instâncias. (...) Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta de isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional. (...) é fora de dúvida que, mediante interpretação lata do art. 252, III, do CPP, mas conforme com o princípio do justo processo da lei (art. 5º, LIV, da Constituição da República), não pode, à míngua de imparcialidade objetiva e por consequente impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão, como sucedeu no caso, onde aquela garantia não foi respeitada." (HC 94.641, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, voto do min. Cezar Peluso, julgamento em 11-11-2008, Segunda Turma, DJE de 6-3-2009.)

4.9 Princípio da Identidade Física do Juiz

O princípio da identidade física do juiz no processo penal, com fundamento no artigo 399, § 2º do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/2008, dispõe que o juiz que preside a instrução de um processo criminal é também o que tem o dever de proferir a sentença. A norma tem a preocupação com a continuidade e a coesão do conhecimento pelo julgador adquirido durante as etapas processuais, especialmente na fase instrutória.

Historicamente, ainda antes da reforma do CPP em 2008, o princípio já era aplicado no âmbito do tribunal do júri, no qual a coesão entre a avaliação da prova apresentada em plenário e a decisão final é essencial.[226]

Todavia, esta regra não é absoluta e embora não exista previsão expressa no CPP, existem circunstâncias práticas que imploram

flexibilidade na aplicação do princípio, como nos casos de afastamento do juiz por motivos de férias, saúde, parto, promoção, ou outras que impossibilitem a continuidade do juiz até a prolação da sentença.

Tais mitigações eram previstas no antigo Código de Processo Civil, contudo, embora o art. 132, do CPC/1973, não tenha sido repetido no CPC atual, nem mesmo a previsão do princípio da identidade física do juiz existe no CPC/2015. O STJ entendeu que as exceções previstas no art. 132 do CPC/1973, ou seja, o juiz convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo ou aposentado, continuam valendo no processo penal.

> *[...] 2. O princípio da identidade física do juiz não se reveste de caráter absoluto, possuindo exceções em casos de motivos legais que impeçam o magistrado que presidiu a instrução de sentenciar o feito, hipótese em que o processo-crime será validamente julgado pelo sucessor. Aplicação analógica do art. 132 do CPC/73. Precedentes. (STJ, HC 311.336/SP, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 01.08.2018)*
> *O princípio da identidade física do juiz, positivado no § 2º do art. 399 do CPP, não é absoluto e, por essa razão, comporta as exceções arroladas no art. 132 do CPC, aplicado analogicamente no processo penal por expressa autorização de seu art. 3º (...).” (HC 123.873, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 14-10-2014, Primeira Turma, DJE de 18-12-2014.) Vide: HC 107.769, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-10-2011, Primeira Turma, DJE de 28-11-2011.*

Para evitar a aplicação das exceções, o princípio da duração razoável do processo, com assento constitucional, inserido expressamente pela E.C. n. 45/2004, prepondera sobre a identidade física do juiz, evitando-se assim delongas danosos à efetividade da justiça penal.

Assim, ainda que a figura do juiz natural seja de suma importância no processo penal, as mitigações à identidade física do juiz se justificam no escopo de garantir o direito à duração razoável do processo, um valor de estatura constitucional que não pode ser descurado.

4.10 Princípio da Motivação

A fundamentação das decisões judiciais é extremamente necessária e importante em um Estado Democrático de Direito, por tal razão, assim é estabelecido por normas internacionais e nacionais, assim como é considerada um princípio.

Inicialmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em seu artigo 1, dispõe que os Estados-parte comprometem-se a garantir o exercício dos direitos sem discriminação, e que, o artigo 2, os direitos demandam fundamentação para serem efetivos. O artigo 7.3 da CADH proíbe detenções arbitrárias, e o artigo 8.1 enfatiza a necessidade de decisões judiciais imparciais e fundamentadas. [227]

Em âmbito do direito nacional, a Constituição Federal (CF) do Brasil, no artigo 93, IX, exige que todas as decisões judiciais sejam motivadas, sob risco de nulidade, veja: "IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". O artigo 93, X, impõe a existência de motivação para as decisões administrativas dos tribunais. O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, em seu artigo 155, autoriza ao juiz a livre convicção desde que a decisão seja devidamente fundamentada. O artigo 381, III, do CPP determina que as sentenças devem expor os motivos fáticos e legais da decisão. A Lei de Execução Penal (Lei no 7.210/1984), em seu artigo 59, impõe a obrigação de motivação para as decisões sobre faltas disciplinares.[228]

A fim de ilustrar a importância do tema para o processo pena, seguem decisões sobre o tema:

> *Conversão da prisão em flagrante em preventiva por meio de formulário pré-formatado. Ausência de fundamentação lastreada em elementos concretos a justificar a prisão cautelar. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP." (**HC 128.880**, rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 27-10-2015, Segunda Turma, DJE de 26-2-2016.)*

Execução penal. Saída temporária. Visita periódica à família. Um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras. A decisão única permite participação suficiente do Ministério Público, que poderá falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão. Ameaça concreta de lesão ao direito do paciente. Dificuldades operacionais na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro. Muito provavelmente, se cada condenado tiver que solicitar cada saída, muitas serão despachadas apenas após perderem o objeto. (HC 128.763, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 4-8-2015, Segunda Turma, DJE de 1o-2-2016.) No mesmo sentido: HC 130.502, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 21-6-2016, Primeira Turma, DJE de 27-9-2016.

Não carece de fundamentação idônea a decisão que, de forma sucinta, acolhe os fundamentos apresentados pelo órgão ministerial, os quais narram de forma pormenorizada as circunstâncias concretas reveladoras da necessidade e da adequação da medida de busca e apreensão. (HC 107.362, rel. min.Teori Zavascki, julgamento em 10-2-2015, Segunda Turma, DJE de 2-3-2015.)

O princípio da motivação no processo penal, portanto, é uma garantia fundamental, garantindo que as decisões judiciais sejam não apenas proferidas com base na lei, mas também adequadamente fundamentadas. Tem o escopo, pois, de garantir a transparência, a legitimidade e a justiça das decisões judiciais, possibilitando que as partes, a sociedade e os órgãos de fiscalização compreendam as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma.

Por meio da motivação, o juiz expõe sua compreensão fática e a interpretação das normas aplicáveis ao caso concreto, demonstrando sua imparcialidade e o conhecimento particularizado do processo que está sentenciando. Ademais, a fundamentação pujante atende ao anseio das partes e da sociedade por decisões judiciais claras e justas, além de permitir a verificação da qualidade técnica e a legalidade da decisão em instâncias superiores, bem como o exercício ao direito recursal, pela parte que se viu insatisfeita pela decisão proferida, ou seja, aquela parte que foi sucumbente.

O Supremo Tribunal Federal tem destacado que a ausência de motivação não somente compromete a legitimidade das decisões judiciais, mas também ocasiona sua nulidade, uma vez que a

fundamentação é um pressuposto constitucional para a validade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, assim, como das decisões administrativas.

> *[...] É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões estatais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela ordem constitucional, reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos que veiculam a privação da liberdade individual, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos às autoridades públicas. - Não se pode jamais esquecer que a exigência de motivação dos atos judiciais constritivos da liberdade individual deriva de postulado constitucional inafastável, que traduz expressivo elemento de restrição ao exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. - A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário, de tal modo que a inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição Federal, precisamente por afetar a legitimidade jurídica dessas deliberações estatais, gera, de maneira irremissível, a sua própria nulidade. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. [...]. (HC 95034, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15-05-2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-10-2013 PUBLIC 15-10-2013)*

No domínio da valoração das provas, o Código de Processo Penal adota o sistema da livre persuasão racional (em contraponto ao princípio das provas tarifadas, típico do sistema inquisitivo), conferindo ao juiz a liberdade de formar sua convicção com base na apreciação das provas livremente, desde que sua decisão seja devidamente fundamentada. A lei exige que a convicção do magistrado esteja ancorada em elementos probatórios do processo, rejeitando decisões baseadas em caprichos ou arbitrariedades.

Assim, a partir desse princípio, tem-se outro: **o Princípio da persuasão racional ou do livre convencimento fundamentado.**

Não se deve confundir, contudo, livre convicção de íntima convicção, conforme lições de Renato Marcão:

> *O sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional permite ao magistrado revelar o seu convencimento sobre as provas dos autos livremente, desde que demonstre o raciocínio desenvolvido. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não*

> *pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar sua sentença. (...) Como corolário do sistema de livre convicção do juiz, é rejeitado o velho brocardo testis unus testis nullus. Não se deve confundir íntima convicção com livre convicção. A livre convicção que está autorizada deve decorrer da prova produzida e, portanto, estar lastreada em material probatório existente no processo, cujo teor não é dado ao magistrado desconsiderar, daí a denominação livre convencimento fundamentado.*[229]

Vigora, nesse sentido, o sistema do livre convencimento do juiz art. 155, *caput,* CPP), faculta ao magistrado, salvo exceções legalmente antevistas, "(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" verdadeiramente se aconteceram.[230]

A motivação das decisões também desempenha um papel crucial na fase de individualização da pena, exigindo do juiz uma fundamentação criteriosa e detalhada das três fases de dosimetria da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal. O STF já se manifestou sobre o assunto:

> *HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 206 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAIOR EXTENSÃO DO DANO CAUSADO. AUSÊNCIA NO DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES PROFISSIONAIS NO EXÉRCITO BRASILEIRO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear. 2. Inviável reputar negativa circunstância judicial do art. 69 do Código Penal Militar com fundamento exclusivo nos elementos constitutivos e descritivos do crime. 3. No caso, a avaliação negativa da circunstância judicial da maior extensão do dano com respaldo na ausência da vítima no desempenho de suas funções profissionais revela-se inidônea, por exprimir mera decorrência natural do evento morte. 4. Habeas corpus parcialmente concedido. (HC 135360, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04-10-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 21-10-2016 PUBLIC 24-10-2016)*

Contudo, há exceções à obrigatoriedade da motivação das decisões, como no caso da votação secreta no Tribunal do Júri pelos

jurados, momento em que decidem baseados na íntima convicção.

O princípio da motivação das decisões judiciais e o da livre convicção motivada (persuasão racional), portanto, são inerentes ao processo penal acusatório, asseverando que as decisões judiciais sejam elaboradas de maneira justa e transparente, colaborando para a confiabilidade e fiscalização do sistema jurídico e o fortalecimento do Estado de Democrático de Direito.

4.11 Princípio da Oficialidade

O princípio da oficialidade no direito processual penal define que a persecução penal é uma obrigação constitucionalmente imposta ao Estado, que a exerce por meio de seus órgãos legítimos: a polícia judiciária (civil ou federal), investiga o fato em sua totalidade, conforme art. 144, da CF, o Ministério Público, ajuíza a ação penal pública, de acordo com o art. 129, da CF, e o Poder Judiciário, como julgador da causa, aplica o direito e dirime a controvérsia de forma imparcial, nos termos do art. 92 e seguintes da CF.[231]

> *A ação penal de iniciativa pública é atribuição exclusiva do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição. Significa que somente os membros do Ministério Público estadual ou federal, devidamente investidos no cargo, é que podem exercê-la através da "denúncia".*[232]

Tais funções são públicas e, portanto, desempenhadas por órgãos oficiais. Apesar disso, nas ações penais privadas, a titularidade ativa se desloca para o particular, o ofendido, a quem o Estado confere a legitimidade para o exercício do direito de ação (ação penal privada), uma exceção ao princípio da oficialidade.

É importante ressaltar que, embora o particular ofendido possua o *jus persequendi in judici*, isto é, o direito de perseguir judicialmente o autor do delito por intermédio de uma ação penal privada, ele não detém o *jus puniendi*, ou seja, o poder de punir, que é exclusivo do Estado, ou seja, será o Estado diretamente quem aplicará eventual

pena. Assim, mesmo em casos de ação penal privada, a execução da pena ou medida de segurança é de competência estatal, não sendo admitida iniciativa ou intervenção do particular. [233]

Em suma, a persecução penal é uma função primordial e obrigatória do Estado, abrangendo as etapas de investigar, processar e punir, sempre exercidas pelos órgãos estatais designados, conforme o mandato constitucional, consolidando o princípio da oficialidade como um dos alicerces do direito penal.

4.12 Princípio do impulso oficial

O princípio do impulso oficial determina que, uma vez iniciado o processo por ação das partes (ofendido ou Ministério Público), sua condução se dá majoritariamente por atuação independente do juiz.

Este princípio está consubstanciado no artigo 251 do Código de Processo Penal (CPP), que atribui ao juiz a responsabilidade de assegurar a regularidade do processo e a ordem durante os atos processuais, garantindo que o procedimento siga a lei, podendo, inclusive, requisitar a força pública para tal fim.

A ementa abaixo enfatiza a aplicação do princípio do impulso oficial, também no processo de execução da pena:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. DATA-BASE PARA PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA REFORMA PREJUDICIAL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. Considerando que incumbe ao Juiz zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, da Lei 7.210/84), a Execução Penal submete-se ao impulso oficial, de modo que ajustes de ordem pública associados à efetivação da retribuição penal, como a alteração da data-base para progressão de regime em decorrência de outra condenação, podem ser validamente implementados pelo Juiz da Execução, ainda que sem pedido do Ministério Público, o que não gera preclusão ou implica violação à vedação da reformatio in pejus. 3. Agravo regimental desprovido. (HC 130692 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15-03-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016)*

No entanto, é imprescindível ponderar sobre a introdução do artigo 3º-A ao CPP pela Lei n. 13.964/2019, que reitera a estrutura acusatória do processo penal brasileiro.[234] De acordo com essa recente alteração legislativa, ao juiz são impostas restrições significativas, como a proibição de tomar iniciativas na fase de investigação e de substituir a atuação probatória das partes, eis que o juiz é imparcial, não deve agir como parte no processo, pois assim agindo o processo se revestiria de características inquisitórias, contrárias ao Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, não obstante do juiz ter o dever de impulsionar o processo, sua ação deve se conservar dentro dos limites instituídos pelo sistema acusatório, assegurando que o impulso oficial não se confunda com uma substituição da atividade das partes. Isso se traduz em um equilíbrio entre a eficiência processual, assegurada pelo impulso oficial, e a preservação dos princípios acusatórios que orientam a atuação do magistrado, mantendo a imparcialidade e a justa aplicação da lei.

4.13 Princípio da Celeridade e Economia Processual

A razoável duração do processo, celeridade e economia processual são instrumentos necessários para o atual sistema de justiça. Assim, o artigo 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o artigo 14.3, c, do mesmo pacto, bem como o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, dispõe que toda pessoa detida deve ser apresentada prontamente a um juiz e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou ser libertada. A Convenção Europeia, em seu artigo 5.3, robustece o imperativo de um julgamento em tempo razoável. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, no artigo 16, limita o início ou a continuidade

de investigações ou procedimentos a um período de 12 meses após um pedido do Conselho de Segurança.[235]

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) do mesmo modo garante, em seu artigo 8.1, o direito a um julgamento dentro de um prazo razoável e, de acordo com seu artigo 7.5, requer que qualquer pessoa detida seja velozmente levada diante um juiz com a possibilidade de um julgamento em prazo razoável ou de ser libertada. Ademais, a CADH assevera, em seu artigo 7.6, uma revisão rápida da detenção por um juiz, e o artigo 8.2, c, prevê tempo e recursos adequados para a preparação da defesa do acusado, sendo que a celeridade não pode ser tanta a ponto de prejudicar o direito de defesa.[236]

O princípio da celeridade processual foi incluído no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal pela E.C. n. 45/2004, assim dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", representa um dos alicerces do processo penal atual.

Expressa a necessidade de que os processos sejam finalizados de maneira célere, sem, apesar disso, implicar o devido processo legal e a busca pela justiça. A duração razoável do processo – celeridade processual – "se aplica à fase de investigação, às medidas cautelares, ao processo cognitivo, inclusive à fase recursal e à execução penal".[237]

Este princípio visa garantir uma resposta judicial tempestiva, que, se procrastinada, fracassa nos objetivos de resolver o litígio de forma rápida e colaborar para a pacificação social, tendo em vista que um processo moroso, principalmente no âmbito do processo penal causa uma sensação de injustiça e impunidade na sociedade.

No entanto, importante ressaltar que o princípio da celeridade processual e economia processual deve ser observado no caso concreto, características como complexidade da causa, quantidade de réus, interferem no andamento do processo. Ademais, o princípio não deve ser considerado isoladamente, mas harmonizado com outros. Nesse sentido, defende a jurisprudência brasileira:

> *O exame de eventual excesso de prazo na prisão processual é de se dar em cada caso concreto. Isto é, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando (como, exemplo, o número de réus e de testemunhas arroladas, a complexidade do processo e o comportamento dos patronos dos acusados, que não podem ser os causadores do retardamento da causa). Peculiaridades essas a serem analisadas na instância competente, mediante aturada ponderação de valores constitucionais de primeira grandeza: por um lado, o exercício do poder-dever de julgar (inciso XXXV do art. 5o da CF); por outro, o direito subjetivo à razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do art. 5o da CF), sobretudo quando em jogo a liberdade de locomoção." (HC 107.088-AgR, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 31-5-2011, Segunda Turma, DJE de 18-11-2011.)*
>
> *A razoável duração do processo (...), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos. A jurisprudência desta Corte é uniforme ao considerar que o encerramento da instrução criminal torna prejudicada a alegação de excesso de prazo (...)." (HC 95.045, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 9-9-2008, Segunda Turma, DJE de 26-9-2008.) No mesmo sentido: RHC 98.731, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-12- 2010, Primeira Turma, DJE de 1o-2-2011; HC 97.808, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-6-2010, Segunda Turma, DJE de 13-8-2010. Vide: HC 98.621, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23-3-2010, Primeira Turma, DJE de 23-4-2010.*

Ademais, a celeridade processual está intimamente ligada ao princípio da economia processual, que dispõe sobre a eliminação de atos inúteis ou simplesmente protelatórios, segundo norteia o Código de Processo Penal em seus artigos 400 e 411. Tais disposições normativas procuram concentrar a produção probatória em única audiência, assim como os argumentos da acusação e defesa e sentença, devem, por regra, serem concentrados em uma única audiência de instrução e julgamento.

Com efeito, a audiência de instrução e julgamento é regulada pelos arts. 400 a 405 do CPP e deve respeitar o encadeamento de atos que a lei apresenta:

a) declarações do ofendido;

b) oitiva das testemunhas de acusação;

c) oitiva das testemunhas de defesa;

d) oitiva do perito;

e) oitiva do assistente técnico;

f) acareação;

g) reconhecimento;

h) interrogatório;

i) requerimentos de diligência pelas partes;

j) debates orais;

k) sentença.[238]

Os princípios da celeridade e economia processual também fornecem validade a atos processuais que, apesar de não terem sido realizados conforme dispõe a lei, não causaram nenhum prejuízo às partes, sendo, por isso, convalidados e fundamentam a implementação de juizados especiais, para a solução de crimes de menor potencial ofensivo, como o implementado pela Lei n. 9.099/95 e a implantação de soluções alternativas de conflitos, como o Acordo de Não Persecução Penal, como o inserido no art. 28-A do CPP.

De fato, o ideal de rapidez e eficiência é refletido nas disposições dos Juizados Especiais, cuja criação fundamentou-se na necessidade de procedimentos mais ágeis e menos formalistas. O escopo é que tanto os atos processuais quanto a própria tutela jurisdicional sejam conferidos com presteza, equilibrando, no entanto, a obrigação de segurança jurídica com a efetividade das decisões.

O princípio da economia processual encontra expressão nos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal, bem como no art. 65 da Lei n. 9.099/95. O núcleo deste princípio está no aproveitamento dos atos processuais, ainda que executados de forma diversa da prevista em lei, desde que atinjam as finalidades a que se destinam e não causem prejuízo a nenhuma parte. Dessa forma, evita-se a renovação inútil de atos processuais que já alcançaram seus objetivos e não acarretaram prejuízo às partes.

Assim, a aplicação dos princípios da celeridade e da economia processual no processo penal reflete a compreensão de que a justiça tardia pode falhar na mesma medida da justiça que erra. A razoável duração do processo, tem na celeridade da tramitação dos processos e na utilização racional dos recursos processuais elementos essenciais para a entrega de uma justiça penal eficiente e eficaz.

4.14 Princípios da indeclinabilidade da jurisdição e da correlação

Previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, encontra-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição, assegurando que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Esse direito fundamental é o direito de acesso à justiça, facultando a qualquer indivíduo, que se esteja ou se encontre na iminência de uma violência ou ameaça a um direito seu, buscar a intervenção do Poder Judiciário para obter a tutela jurisdicional apropriada, eis que na quadra civilizatória em que se encontra a sociedade atual a autotutela só é permitida excepcionalmente.

Ou seja, tendo em vista que o Estado retirou do cidadão a prerrogativa de fazer justiça por suas próprias mãos, consagrando-se como único detentor do *jus imperii* em matéria de jurisdição, o Estado está impedido de se furtar ao conhecimento e decisão de uma demanda legitimamente apresentada perante o Poder Judiciário.

Em essência, o juiz é proibido de abdicar de sua função jurisdicional; é-lhe vedado negar jurisdição. Assim, o julgador além de não poder declinar de sua jurisdição quando for competente, também estará circunscrito aos contornos da pretensão punitiva estabelecida pelo autor da ação penal na denúncia ou queixa-crime, seja o Ministério Público ou o querelante, de acordo com a natureza da ação. A decisão judicial deve, assim, manter congruência com os termos da acusação, trata-se do princípio da correlação.

Vige, desta forma, o princípio da correlação, conforme lecionado por Renato Marcão[239], que obriga a uma simetria entre a acusação e a sentença, impedindo que o juiz decida *ultra petit*a, isto é, além do que foi demandado pelo autor da ação penal, pois tal atitude representaria uma indevida extensão da acusação inicial por iniciativa própria, agindo como parte, o que é expressamente vedado.

> *Exige-se correlação entre a acusação e a sentença, de modo que por força deste tal princípio da correlação o juiz não poderá, insistimos, decidir além da pretensão deduzida; não poderá ir além do pedido do autor (ne eat judex ultra petita partium), pois, do contrário, estaria ampliando, por iniciativa sua (que não é permitida), o teor da acusação inicial. Estaria, em última análise, iniciando e julgando, ainda que parcialmente, uma acusação não deduzida pelo titular do direito de ação.*[240]

Portanto, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição comina ao juiz o dever de desempenhar a sua autoridade que lhe foi outorgada, ou seja, a jurisdição, não sendo lhe lícito eximir-se do desempenho de seu papel. Este princípio está intrinsecamente ligado à proibição do *non liquet*: uma vez que a jurisdição é provocada, uma decisão deve ser emitida, ainda que não se refira ao mérito da causa, sentença sem mérito, caso isso se exiba inviável. Tal princípio ancora-se, ainda, na concepção de jurisdição como função estatal: é dever da sociedade e de seus membros invocar a pronúncia jurisdicional.[241]

4.15 Princípio do Promotor Natural

O princípio do Promotor Natural, também denominado de "Promotor Legal"[242] apresenta-se como uma salvaguarda processual fundamental, entrelaçado com a máxima constitucional brasileira. Fundado no artigo 5º, LIII, da Constituição, assegura que o processo penal só pode ser conduzido por um membro do Ministério Público que possua independência funcional, inamovibilidade e convicções inabaláveis, além de atribuições pré-definidas por lei e que sejam transparentes.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC 67759 em 06/08/1992, sob a relatoria do ministro Celso de Mello, robusteceu a essencialidade desse princípio. O STF enfatizou que o promotor natural é inerente ao sistema constitucional brasileiro, com suas fundações fincadas nas cláusulas de independência funcional e inamovibilidade dos integrantes do Ministério Público. Veja:

> *O postulado do promotor natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela chefia da instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da instituição. O postulado do promotor natural limita, por isso mesmo, o poder do procurador-geral, que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável. Posição dos ministros Celso de Mello (relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do promotor natural: necessidade da interpositio legislatoris para efeito de atuação do princípio (min. Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (min. Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso)." (HC 67.759, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 6-8-1992, Plenário, DJ de 1º-7-1993.) No mesmo sentido: HC 102.147-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 1º-3-2011, Segunda Turma, DJE de 30-10-2014; RE 387.974, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 14-10-2003, Segunda Turma, DJ de 26-3-2004.*

Além disso, a Constituição Federal destina ao Ministério Público a função de defensor dos direitos individuais indisponíveis (também dos coletivos), colocando em evidência o direito à liberdade. Nesse contexto, o Ministério Público é investido do poder e, mais densamente, do dever de buscar a absolvição em juízo ou fora dele, quando o acusado estiver sendo processado sem provas substanciais, ou seja, não se trata de um órgão acusador, ele cumpre esse papel, mas antes, a instituição é a salvaguarda do Estado Democrático de Direito, por isso, a punição não deve estar acima dos limites que o próprio direito delineia.

Este princípio, portanto, é um bastião contra arbitrariedades, garantindo que a acusação seja sempre conduzida por um agente qualificado e imparcial, cuja atuação esteja alinhada aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

4.16 Princípios da obrigatoriedade, indisponibilidade, oportunidade ou conveniência e disponibilidade

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, princípio da legalidade ou indisponibilidade da ação penal, é um dos elementos basilares do sistema de justiça penal, disposto no art. 24 do Código de Processo Penal (CPP), atribui ao Ministério Público o dever de instaurar ação penal sempre que existir indícios suficientes de autoria e prova da materialidade de fato criminoso[243], o que se traduz na expressão "será promovida" constante no citado artigo, denotando a imperatividade da atuação do *parquet*.[244]

Enfatiza-se que o princípio em análise não se aplica à ação penal privada, a qual se aplica o princípio da oportunidade ou conveniência e disponibilidade, conforme será visto com calma ao final desse tópico.

Sobre o princípio da indisponibilidade, esclarece Fernando Capez:

> *A autoridade policial não pode determinar o arquivamento do inquérito policial (CPP, art. 17) e o Ministério Público não pode desistir da ação penal pública, nem do recurso interposto (CPP, arts. 42 e 576). Exceção, mais uma vez, nos crimes de ação penal de iniciativa privada, em que se admite o perdão, a perempção e a desistência, dada a disponibilidade sobre o conteúdo do processo (a relação jurídica material).*[245]

Não obstante, o princípio da obrigatoriedade sofre mitigação sob determinadas circunstâncias, demonstrando uma discricionariedade regrada. Como exemplo, tem-se o instituto da transação penal previsto no art. 76 da Lei 9.099/1995, no âmbito do Juizado Especial Criminal, que permite ao promotor, observados determinados requisitos, optar por não propor a denúncia, mas oferecer uma alternativa consensual de sanção. Também o acordo de não persecução penal (ANPP), inserido no CPP no art. 28-A:

> *Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:*

Além de tais exemplos, há indicações de que a prática jurídica nacional caminha para um sistema em que a obrigatoriedade da denúncia seja ainda mais flexibilizada, a exemplo da experiência alemã, na qual o Ministério Público (promotores ou *die Mitglieder des Staatsanwaltschaft*) não tem autonomia funcional plena e pode ser direcionado a não promover a ação penal sob certas diretrizes do Ministro Federal da Justiça. No Brasil, o grande volume de inquéritos e a limitação de recursos impõem uma seleção pragmática, na qual os promotores priorizam os casos mais graves, como peculato em detrimento de furtos de menor significância, que muitas vezes os inquéritos não possuem elementos suficientes para propor a ação penal.[246]

Guilherme Madeira Dezem enumera as atenuações ao princípio da obrigatoriedade:

a) transação penal – art. 76 da Lei 9.099/95;

b) acordo de não persecução penal – art. 28-A do CPP;

c) parcelamento do crédito tributário – art. 9º da Lei 10.864/03;

d) colaboração premiada – art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/13;

e) enunciados do Ministério Público.[247]

No que diz respeito ao princípio da oportunidade, via de regra é aplicável à ação penal privada, portanto, à vítima do crime, ao seu representante legal ou aos seus sucessores (na hipótese do art. 31 do CPP) incumbe deliberar "sobre a conveniência do ajuizamento ou não. Isso porque, em muitos casos, a exposição natural de um processo criminal pode ser ainda mais prejudicial do que a própria sensação de impunidade" causada pela inércia ou morosidade "em acionar o agente criminoso".[248]

Já o princípio da oportunidade ou disponiblidade, tal como adotado no Uruguai e positivado em seu artigo 100.1, oferece exemplos de situações em que o Ministério Público pode decidir por não iniciar ou prosseguir com o processo criminal, demonstrando uma flexibilidade que busca equilibrar a aplicação do *jus puniendi* estatal com a realidade prática das demandas judiciais. Situação que também ocorre no Brasil, como exemplos, a Lei 12.850/2013, que dispõe da colaboração premiada, e a Lei 9.099/1995, sobre a suspensão condicional do processo, são manifestações de uma obrigatoriedade atenuada, na qual o promotor pode escolher por não prosseguir com a ação penal em contextos específicos.

Coadunando-se ao princípio da obrigatoriedade, há o da indisponibilidade, disposto no art. 42 do CPP, o qual veda ao Ministério Público a desistência da ação penal uma vez proposta,

salvo exceções previstas no parágrafo anterior. Este princípio é robustecido pelos arts. 385 e 576 do CPP, que consentem ao juiz decidir independentemente da vontade do promotor, mesmo nos casos de pedido de absolvição ou de desistência de recurso.

O princípio da indisponibilidade da ação penal pública (a ação penal privada é regulada pelo princípio da disponibilidade, o querelante pode dispor da ação se o desejar) sofre mitigação com o disposto no art. 89 da Lei 9.099/1995, por meio do instituto da suspensão condicional do processo. Eis que tal instituto "pressupõe a existência de processo e, oferecida pelo promotor, o processo não terá continuidade", havendo a disponibilidade da ação penal.[249]

Assim, a legislação processual penal brasileira, apesar de fundada, em regra, no princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade, reconhece e incorpora mecanismos que flexibilizam tal mandamento, permitindo uma aplicação mais pragmática e apropriada à realidade do sistema de justiça criminal.

4.17 Princípio da Verdade Real/Processual

O princípio da verdade processual no direito penal é complexo e multifacetado, não se confundindo com a verdade absoluta dos fatos como ocorridos no mundo exterior.

Um ponto que merece atenção é a superação do termo "verdade real", a busca por tal verdade absoluta foi o fundamento de muitas mazelas no processo penal, inclusive é a base do processo inquisitivo, em busca da verdade real práticas de torturas foram chanceladas pelo Estado, o que no patamar civilizatório que se defende estar a sociedade atual é inconcebível, razão pela qual o termo utilizado daqui para frente será "verdade processual", ou seja, a verdade que o processo penal conseguiu demonstrar.

Eugênio Pacelli de Oliveira também explica que a busca da verdade real como função do processo penal é contrária aos direitos e garantias fundamentais, visto que se assim fosse o processo penal se apresentaria em harmonia com o modelo inquisitivo e não acusatório, contudo, constem com a necessidade da busca de certa verdade, o que significaria a verdade processual ou corresponder meramente a uma certeza jurídica.[250]

O mestre Francesco Carnelutti esclarece a razão pela qual a única verdade a ser buscada é a verdade processual, aquela decorrente da dialeticidade entre defesa e acusação, veja:

> *Para compreender, é necessário partir da parcialidade do homem. Todo homem, dissemos, é uma parte. Precisamente por isto, nenhum homem chega a apoderar-se da verdade. Aquela verdade que cada um de nós crê, não é mais que um aspecto da verdade; algo assim como uma minúscula faceta de um diamante maravilhoso. É o que Cristo nos tem ensinado dizendo: "Eu sou a verdade"; alcançar a verdade é alcançar a Ele; e Dele, amando-o, podemos nos aproximar sem fim; mas alcançá-lo não, porque Ele é infinito. A verdade é como a luz ou como o silêncio, que compreendem todas as cores e todos os sons; mas a física tem demonstrado que nosso olho não vê e nosso ouvido não ouve mais que um curto segmento da gama das cores ou dos sons; há, mais aquém e mais além da nossa capacidade censora, as cores infravermelhas e as ultravioletas assim como os infrassons e os ultrassons. Assim se explica um ponto de vista, o qual, para quem quer compreender este importantíssimo fato social que é o processo, tem uma importância de primeiro plano. O juiz, quando julga, estabelece quem tem razão; isto quer dizer: de que lado está a razão. Razã oque é, e não pode ser mais que uma, a verdade; também, neste sentido, são equivalentes razão e verdade.*[251]

Assim, o escopo do princípio é o de atingir a realidade dos fatos dentro do processo, aquela apresentada pelas provas que estão no processo, eis que a verdade absoluta não é plenamente alcançável. O intuito do processo penal, destarte, é solucionar o "caso penal" – terminologia usada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho[252] – por meio da reconstrução dos eventos com base em evidências e testemunhos coletados de forma lícita e adicionados nos autos e plenamente demonstrado pela cadeia de custódia (adicionada ao CPP pela Lei 13.964/2019).

Contudo, há quem defenda ser o escopo do processo penal a busca pela verdade real, nessa linha, Fernando da Costa Tourinho, antagoniza com os autores mais modernos:

> *A função punitiva do Estado deve ser dirigida àquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.*[253]

A verdade no processo penal é, assim, estabelecida a partir do consenso sobre os elementos probatórios existentes nos autos, não necessariamente refletindo a verdade real. Não se trata de consenso no sentido de acordo, pois no contexto penal, a busca pela verdade é limitada pela ética e pelos direitos fundamentais, como a proibição de provas ilícitas, a liberdade e a vida, que não podem ser artefato de negociação.[254]

> *Há, dentro dos autos do processo criminal, um consenso diante das provas que nele se encontram, mas não o consenso de Jürgen Habermas. Para Habermas, o consenso só é alcançado pela superioridade do melhor argumento, ou seja, entre os interlocutores há um que possui superioridade intelectual em relação aos outros. Logo, seus argumentos acabam prevalecendo. A verdade envolve uma questão com a qual não se pode transigir e aqui haverá um problema na Teoria Consensual da Verdade: com liberdade e vida não se pactua consensualmente, pelo menos enquanto eticamente considerados. A verdade processual deve ser vista sob um enfoque da ética, e não do consenso, pois não pode haver consenso quando há vida e liberdade em jogo, pelo menos enquanto se estiver compromissado com o outro como ser igual a nós, por sua diferença. A verdade obtida, consensualmente, somente terá validade se o for por meio da ética da alteridade (do latim alter, outro, + – (i)dade: qualidade do que é outro).*[255]

A verdade processual é também relativizada em casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, nas quais a lei admite a transação e a suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/1995), assim, como o acordo de não persecução penal, insculpido no art. 28-A do CPP, corroborando que o Estado pode se contentar com acordos sem uma investigação exaustiva das circunstâncias do fato.

O princípio da verdade processual é absoluto em sua essência, ou seja, para que ocorra uma condenação mister que não exista acerca da culpa do réu, pois se acaso houve, ele deve ser absolvido. Ademais, o princípio da verdade processual é relativizado nas exceções previstas em lei, como nas infrações de menor potencial ofensivo e nos casos de cabimento do ANPP, conforme citado anteriormente. Ainda assim, o processo penal deve garantir que a verdade judicial seja alcançada dentro dos limites da ordem jurídica, respeitando a dignidade da pessoa humana e proibindo a utilização e produção de provas ilícitas (art. 1º, III, e art. 5º, LVI, da CRFB).

O Direito Processual, seja civil ou penal, é regido pela verdade processual, com a reserva de que no processo civil, local em que os direitos em regra são disponíveis, a verdade pode ser transacionada, acordada entre as partes, ao passo que no processo penal, lidando com direitos indisponíveis, a verdade deve ser perseguida, sempre dentro dos limites do direito, salvo nas exceções anteriormente mencionadas.

O art. 156 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, e outros artigos como o 209, expõem que, que a influência do sistema inquisitório no processo penal brasileiro na busca pela verdade real ainda persiste, especialmente nos casos em que o juiz age de ofício da produção probatória, nesses casos, comporta-se mais como parte do que com julgador, razão pela qual ainda existe muito questionamento sobre a postura ativa do juiz na condução do processo penal.

Nesse sentido, oportuna a lição de Paulo Rangel:

> *São exemplos os arts. 196 c/c 234 c/c 616 do CPP. Nestes dispositivos legais, o juiz, para formar sua livre convicção e extrair do acusado as informações necessárias, visando aplicar corretamente a lei penal, investiga, por meio de novo ato processual de interrogatório, o perfil e as declarações do acusado, sempre procurando reconstruir os fatos e suas circunstâncias. Quando bem-feito, é um trabalho de arquitetura e engenharia que até pode não corresponder à realidade do mundo fático, mas o será*

> *dentro do processo. Do disposto no art. 234, acima citado, emerge a autoritária verdade processual visada pelo juiz em sua ação ex officio, pois, independentemente de requerimento das partes, o juiz determina as diligências que entender cabíveis para a juntada aos autos do documento, inclusive, se for o caso, por medida coercitiva real de busca e apreensão. Não há dúvida: é a expressão maior do juiz inquisidor, o que busca a prova, o que desce de sua cadeira supra partes e vem procurar dados para condenar o acusado. No Código de Processo Penal brasileiro, elaborado na época de Getúlio Vargas, ditador, juiz não investiga para absolver, até porque, se não tem provas, deve o réu ser absolvido. A investigação probatória é típica do inquisidor, do juiz que podemos chamar de "Tomás de Torquemada" (Torquemada foi quem melhor encarnou o papel de inquisidor no reino de Isabel de Castela na Espanha, em 1483, depois de ter sido nomeado pelo Papa como Inquisidor-Geral. Ele, aos 62 anos de idade, representou o lado mais horrível e devastador da Inquisição).*[256]

Por fim, "o princípio da verdade real, também conhecido princípio da verdade material ou da verdade substancial (terminologia empregada no art. 566 do CPP)", revela que no processo penal devem ser efetivadas as diligências imprescindíveis e tomadas "todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de forma que o *jus puniendi* seja exercido" efetivamente em relação àquele que perpetrou ou contribuiu para a infração penal.[257]

---

141 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023

142 FIGUEIREDO, António Cândido de. **Novo Diccionário da Língua Portuguesa**, 1913, p. 1622.

143 REZENDE, Antônio Martinez de. **Dicionário do latim essencial**, 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte : Autêntica Editora, 2014, p. 317.

144 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo, RT, 1981, p. 230

145 LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário jurídico**, 5. ed. - Barueri [SP]: Manole, 2022, p. 377.

146 COUTINHO, Jacinto Nelson De Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dez. 1998.

147 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 113.

148 AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**, 25. ed.,São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

149 AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**, 25. ed.,São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91- 92.

150 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

151 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

152 ALEXY, Robert. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**, tradução de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colômbia, n. 28, Bogotá, 2003.

153 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de**. Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed., rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

154 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

155 "São normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada", enquanto as regras "são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer excepção". CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, Almedina, 1998, p. 1123

156 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de**. Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

157 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001, p. 35.

158 STRECK, Lenio Luiz **Verdade e consenso**.6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p, 275.

159 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

160 NUCCI, Guilherme de Souza**. Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 3.

161 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, p. 225.

162 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

163 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**, Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 14.

164 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 123.

165 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 3.

166 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 31.

167 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-4.6

168 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-4.6

169 LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. p. 200.

170 JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 24 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

171 MARQUES, Frederico**. Elementos**, v. I. São Paulo: Bookseller, 1997.

172 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 178.

173 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 178.

174 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 82

175 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 178.

176 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 43.

177 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

178 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 179.

179 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 179.

180 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001

181 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023

182 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 182.

183 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

184 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 182.

185 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 182.

186 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 182.

187 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 182.

188 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 280.

189 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-4.2.

190 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

191 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

192 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-4.2.

193 LOPES JR., Aury **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

194 LOPES JR., Aury **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

195 LOPES JR., Aury **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

196 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 35

197 LOPES JR., Aury **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

198 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 35

199 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 182.

200 CAPEZ, Fernando, **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

201 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

202 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

203 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76.

204 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 31.

205 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.84.

206 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.84.

207 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.84.

208 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 257.

209 O Desembargador José Lisboa da Gama Malcher, no Habeas Corpus nº 280/1989 – São Gonçalo, assim leciona: "Ao cuidar das votações dos quesitos (núcleo do julgamento popular, de consciência) a Constituição determina que se mantenha "o sigilo das votações" e não o sigilo na votação. A diferença é significativa: sigilo das votações é equivalente a voto secreto e sigilo na votação corresponde a sessão secreta e esta a Constituição proibiu, no inciso LX do mesmo art. 5º".

210 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva. v. IV, p. 98

211 STRECK, Lenio L. **Tribunal do júri**: símbolos & rituais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

212 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 120

213 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023, p 41.

214 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 75.

215 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

216 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de direito administrativo, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1991

217 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

218 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 294.

219 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 33

220 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

221 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 34

222 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

223 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 24

224 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 24

225 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

226 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

227 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

228 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

229 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 38

230 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 22

231 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

232 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 238.

233 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

234 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

235 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

236 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

237 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 373.

238 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-14.14.

239 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

240 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 34

241 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

242 HAMILTON, Sérgio Demoro. **Temas de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 53.

243 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 98.

244 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

245 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 112

246 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

247 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-7.14

248 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 242

249 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-7.14

250 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

251 CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**; tradução da versão espanhola dooriginal italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. Tiragem. São Paulo: Editora Pillares, 2009

252 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p. 135

253 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, 17

254 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023

255 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 34

256 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 38.

257 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 13

5 FONTES DO PROCESSO PENAL

Segundo o dicionário da língua portuguesa, a palavra fonte significa: água que brota do solo, manancial, bica, nascedouro, nascente. O significado figurativo da palavra quer dizer o "local de origem de alguma coisa; origem, procedência, proveniência".[258]

Ademais, há uma extrema necessidade de atualizar e harmonizar o sistema processual penal brasileiro devido a dois fatores principais, conforme esclarece Guilherme Madeira Dezem. Primeiro, o Código de Processo Penal do Brasil, datado de 1941, não foi suficientemente revisado após as significativas mudanças legais trazidas pela Constituição Federal de 1988, resultando em incompatibilidades entre as normas do Código e as constitucionais. Segundo a constante atualização do código por meio de novas leis, assim como a criação de procedimentos em leis esparsas, a exemplo da Lei n. 9.099/95.[259]

Tais leis são influenciadas também pela globalização, gera desafios na interpretação e aplicação dessas normas. Além disso, a globalização tem aumentado o intercâmbio de tratados internacionais, que são incorporados no sistema jurídico brasileiro e frequentemente entram em conflito com o Código de Processo Penal vigente. Portanto, é imperativo buscar a harmonização contínua das leis dentro do sistema processual penal para garantir sua eficácia e relevância, fazendo isso por meio da harmonização das fontes do direito.[260]

Assim, de acordo com o significado da palavra, fontes do direito são os meios pelos quais as normas, os princípios e os preceitos

jurídicos são criados e expressos, constituindo a base sobre a qual repousa toda a estrutura legal que rege o processo penal, ou seja, "A teoria das fontes do direito, assim, busca responder à questão acerca da origem das normas que integram o ordenamento jurídico".[261]

Essas fontes podem ser compreendidas a partir de duas dimensões principais: as fontes materiais e as fontes formais.

5.1 Fontes materiais, de produção ou substanciais

As fontes materiais, de produção ou substanciais se referem àqueles que detém a competência de produzir a norma processual penal. Assim, "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", tendo em vista ser a única "dotada de poder para a criação de normas que o disciplinem (art. 22, I, da CF)".[262]

Apesar da disposição constitucional mencionada no parágrafo anterior, a "competência da União é privativa – e não exclusiva –, de modo que, excepcionalmente, poderá a lei estadual versar, através de lei complementar", sobre questões referentes à matéria processual penal, eis que existe autorização contida no art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal. Desse modo, em caráter excepcional, os Estados membros podem legislar sobre matéria processual penal desde que exista autorização por lei complementar (parágrafo único, do art. 22, da CF). [263]

Ademais o Estados e o Distrito Federal também podem legislar acerca do direito penitenciário, custas processuais, criação, funcionamento e processo do juizado de especiais criminais e procedimentos em matéria processual, segundo disposição constitucional inserida no artigo 24, I, IV, X e XI, da CF.

Em sentido objetivo, explica Mougenot, as fontes materiais ou substanciais envolvem "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". Tais razões são variáveis ao extremo, normalmente "incluem a moral, os costumes, a necessidade diante de determinado evento histórico, são de teor próprio, a serem estudadas no campo da sociologia".[264]

5.2 Fontes formais do processo penal

As fontes formais, de cognição ou de revelação, conforme lição de Mougenot,[265] configuram-se como veículos pelos quais as normas jurídicas são exteriorizadas, denominadas também de fontes de cognição jurídica, são, portanto, "os meios pelos quais se revela o direito". O ordenamento jurídico reconhece como fonte formal imediata a lei em seu espectro abrangente, incluindo toda normativa emanada pelo Poder Estatal, sendo considerada "fonte formal imediata do direito".[266]

Assim as fontes são classificadas em formais imediatas, diretas ou primárias, e fontes formais mediatas, indiretas ou secundárias.

Por fontes formais imediatas, diretas ou primárias, entende-se as leis, assim abrangida todo e qualquer dispositivo editado pelo poder público, entre os elas: a Constituição Federal, Emendas à Constituição, as leis, decretos-leis, Tratados, Convenções e regras de Direito Internacional

As fontes formais mediatas, indiretas ou secundária: analogia, costumes, jurisprudência, doutrina e princípios gerais do direito.

Portanto, no campo do direito processual penal, as normas são exprimidas por meio de distintas categorias de veículos normativos,

compreendendo não somente legislação infraconstitucional, mas também a Constituição Federal e normas de direito internacional.

O Código de Processo Penal, editado pelo Decreto-lei n. 3.689/41, constitui-se como o central regulador da matéria, recebendo a classificação de fonte primária. Normativas complementares, conhecidas como leis extravagantes, também integram o arcabouço do direito processual penal, abrangendo legislações específicas e normas processuais penais contidas em outros diplomas legais.

De outro lado, fontes formais mediatas são representadas pelos costumes, analogia, princípios gerais de direito, doutrina, jurisprudência e direito comparado, encontrando substrato, por exemplo, no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, configurando-se como ferramentas assistentes na aplicação, harmonização e interpretação do direito processual penal.

5.2.1 Fontes formais imediatas, diretas ou primárias

A fonte formal do processo penal é o meio pelo qual ocorre a exteriorização do conteúdo normativo. Neste sentido, as fontes formais imediatas são a Constituição Federal com suas respectivas emendas, as leis, nelas compreendidas as Súmulas Vinculantes e os tratados, convenções e normas de direito internacional.

Os tópicos seguintes explicam cada uma das fontes formais imediatas.

5.2.1.1 A Constituição Federal

No contexto do Estado Democrático de Direito, a constitucionalização do processo penal no Brasil foi efetivada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição de 1988, diversamente da Constituição Portuguesa, a qual expressamente garantiu “a estrutura acusatória do processo penal, não fez referência expressa a esse sistema, mas consagrou princípios

e regras que não deixam dúvidas em relação à adoção" do sistema acusatório.[267]

Tal constitucionalização ascendeu as regras e princípios do processo penal, anteriormente existentes, à condição de normas constitucionais, aperfeiçoados que foram. A Constituição Federal de 1988 incorporou preceitos jurídicos essenciais ao processo penal, estabelecendo garantias processuais e de jurisdição, e tais passou a desempenhar o papel de fonte no processo penal.

Dentre as novidades ocasionadas pela Constituição Federal de 1988, destaca-se a adoção da fórmula do *due process of law*, devido processo legal, de acordo com o estabelecido no artigo 5º, inciso LIV, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Ainda foram estabelecidas garantias como o contraditório (art. 5º, LV), a igualdade processual derivada do princípio da isonomia (art. 5º, I), a publicidade e a exigência de motivação das decisões judiciais (arts. 5º, LX, e 93, IX), assim como inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI), a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo das comunicações e dos dados, a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII), e a vedação à identificação criminal de pessoas já identificadas civilmente, salvo nas hipóteses legalmente previstas (art. 5º, LVIII).[268]

Ademais, a Constituição Federal de 1988 instituiu garantias pertinentes à prisão e à liberdade provisória. A prisão, menos em casos de flagrante ou de crimes militares privativos, deve ser ordenada por autoridade judicial competente (art. 5º, LXI), e a legalidade da prisão em flagrante deve ser prontamente analisada pelo juiz (art. 5º, LXV). A liberdade provisória, com ou sem fiança, foi garantida nos casos previstos em lei (art. 5º, LXVI), ao lado de outras garantias processuais. [269]

Destarte, a Constituição Federal, ocupando a posição mais elevada na hierarquia jurídica e sendo considerada a norma das normas, atua como uma fonte formal no processo penal brasileiro, "vez que estabelece diversos limites à atuação do Poder Legislativo e impõe diretrizes de atuação a esse".[270]

5.2.1.2 As Leis

Sob a aparência formal o Direito Processual Penal surge principalmente da lei, sendo o Código de Processo Penal – Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – e a legislação processual penal extraordinária, como exemplo: Lei n. 9.099/95, que trata dos juizados especiais criminais; Lei n. 9.269/96, trata da interceptação telefônica; Lei n. 9.455.97, lei de tortura; Lei n. 12.850/2013, trata das organizações criminosas, Lei n. 12.830/2013, dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, dentre outras.

Também, necessário observar o disposto no art. 62, § 1.º, da CF, após a EC 32, de 2001, que é claro ao dispor que: "§ 1.º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: (...) b) direito penal, processual penal e processual civil", assim, não há a possibilidade de editar normas de direito processo penal por meio de medida provisória.

É importante explicar "que não obstante a doutrina clássica seguir esse entendimento, não há como se desconsiderar a existência de outras fontes formais imediatas do Direito Processual Penal"[271]. Nesse sentido, Mougenot elenca as súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 veja:

> *As súmulas editadas pelos tribunais em geral, como se sabe, são disposições genéricas derivadas de decisões concretas cujo teor se reitera no tempo. A recorrência de casos análogos permite ao órgão julgador estabelecer um padrão, que pode ser sedimentado*

> *com a edição de uma súmula. O teor da súmula é, em muitos aspectos, bastante semelhante a um dispositivo legal. De fato, a súmula é genérica e abstrata, pois aplicável a um número indefinido de casos análogos que venham a surgir no futuro. E, por força do novel art. 103-A da Constituição, tem força vinculante, obrigando não só os demais órgãos do Poder Judiciário, mas também os órgãos da administração pública direta e indireta. Como tal, e tendo em conta que o Supremo Tribunal Federal é, por atribuição constitucional, o guardião da Constituição e seu supremo intérprete, é de admitir a possibilidade de que suas decisões interfiram na disciplina do processo penal, direta ou indiretamente. Como suas decisões dizem respeito aos mandamentos da Constituição, é possível que as súmulas vinculantes venham a sobrepor-se mesmo ao texto das leis, derrogando-as e substituindo-se a elas em alguns casos. Trata-se, portanto, na essência, de verdadeira fonte formal do direito, introduzida na ordem jurídica pátria.*[272]

São Súmulas Vinculantes, pertinentes ao processo penal:

Súmula Vinculante 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição", aplicável principalmente nos casos de falta disciplinares no âmbito do cumprimento da pena.

Súmula Vinculante 9: "O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58".

Súmula Vinculante 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

Súmula Vinculante 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

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 Vinculante 26: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 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".

Súmula Vinculante 36: "Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil".

O entendimento esposado aqui referente às Súmulas Vinculantes serem fontes formais imediatas do processo penal é defendido por Mougenot, mas não é unânime, uma parte da doutrina entende que as Súmulas Vinculantes são fontes formais mediatas, conforme será apresentado no tópico 5.2.2.1.

5.2.1.3 Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos

A Constituição Federal de 1988, o relacionamento dos tratados com o direito interno, no caso de tratados sobre direitos humanos ganhou relevância. O art. 5.º, § 2.º, dispõe que: "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."

Assim, em função da disposição acima transcrita, os tratados que tivessem por objeto direitos e garantias individuais seriam equiparados às normas constitucionais, ocupando o mesmo nível hierárquico que as normas constitucionais. Todavia, tal entendimento não era unânime, havendo divergência quanto ao status de normal constitucional.

A divergência foi reacendida após a Emenda Constitucional 45, a qual inseriu o § 3.º no art. 5.º da Constituição, estabelecendo que tratados sobre direitos humanos aprovados em duas casas do Congresso Nacional, com três quintos dos votos, terão *status* equivalente às emendas constitucionais. Contudo, isso por si só não rebaixaria tratados aprovados por maioria simples, anteriores à emenda a constitucional, a *status* de lei ordinária.

De acordo com Flávia Piovesan[273], todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de aprovação, são materialmente constitucionais por força do art. 5.º, § 2.º da Constituição. Após o § 3.º do art. 5.º, surgem duas categorias de tratados: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais.

Sobre a aplicabilidade, uma corrente doutrinária, baseada no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, defende que as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nessa linha, Flávia Piovesan[274] argumenta que os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados automaticamente ao ordenamento jurídico brasileiro, sem necessidade de um ato jurídico adicional para sua implementação. Consequentemente, qualquer norma preexistente incompatível com o tratado internacional perde sua vigência imediatamente após a entrada em vigor do tratado.

Valério de Oliveira Mazzuoli[275] também defende que a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevista no §1º do art. 5º da Constituição Federal, não se restringe apenas aos tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional com o quórum estabelecido no §3º do art. 5º. A Constituição, ao asseverar a aplicação imediata dessas normas, não discerne entre normas de direito interno e internacional, compreendendo também os tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conquanto não tenha sido aprovada com o quórum necessário para emendas constitucionais, é considerada materialmente constitucional. Portanto, qualquer norma infraconstitucional em colisão com a CADH é tida incompatível com a ordem constitucional. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) não discernia tratados de direitos humanos de outros tratados internacionais, mas em 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, o STF passou a classificar a CADH como tendo status normativo supralegal ou materialmente constitucional. Assim, leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH, que colidam com ela, perdem sua eficácia jurídica.

Segundo entendimento do STF, os tratados internacionais de direitos humanos, após sua assinatura pelo Brasil, adquirem um caráter obrigatório no sistema jurídico nacional seguindo a publicação do Decreto-Legislativo correlativo. Tais tratados podem obter *status* de emenda constitucional, de acordo com o disposto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, caso sejam aprovados com quórum de emenda constitucional, ou status de norma supralegal, se aprovados por quórum simples, de acordo com interpretação do STF

e em consonância com o estabelecido no art. 5°, § 2°, da Constituição Federal.[276]

Portanto, os tratados e convenções internacionais também são fonte de direito processual e seu implemento compõe garantia fundamental ínsita ao devido processo legal.

5.2.2 Fontes formais mediatas, indiretas ou secundárias

As fontes formais, mediatas, indiretas ou secundárias do processo penal, como a nomenclatura faz inferir, são aquelas eu apesar de não criar de maneira direta normas jurídicas – como as leis fazem – são meios de interpretação e inspiração das fontes imediatas, corroboram para aplicação das leis, constituição e normas internacionais.

Assim, são exemplos de fontes formais mediatas do processo penal: a jurisprudência, princípios, costumes, atos administrativos e indultos presidenciais. Os tópicos seguintes tratarão sobre cada item de forma mais detalhada.

5.2.2.1 Jurisprudência

Jurisprudência não são apenas decisões proferidas por tribunais superiores, trata-se, na verdade, do entendimento consubstanciado em decisões judiciais reiteradas, repetidas, dos Tribunais sobre os temas levados aos tribunais para uniformização do entendimento.

Normalmente, a pacificação é revelada por meio de Súmulas, que diferentemente das Súmulas Vinculantes, que só podem ser editadas pelo STF, as súmulas são editadas por todos os tribunais, a fim de revelar qual a orientação de determinado tribunal sobre determinado assunto. Exemplos de Súmulas:

Súmula 81, TJ/SP: "Compete ao Juízo do Juizado Especial Criminal executar seus julgados apenas quando a pena aplicada é de

multa ou restritiva de direitos, sendo irrelevante o fato de o réu estar preso em razão de outro processo".

Súmula 82, TJ/SP: "Compete ao Juízo Criminal Comum processar e julgar ação na qual se imputam ao réu crimes cuja soma das penas máximas ultrapassa o limite de 02 (dois) anos previsto no art. 61 da Lei 9.099/95".

Sumula 442, STJ: "É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo".

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

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".

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".

No que diz respeito à natureza das Súmulas Vinculantes, que são decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) com efeito obrigatório para outras instâncias judiciais e órgãos da administração pública direta e indireta, com fundamento no art. 103-A da Constituição Federal e na Lei n. 11.417/2006, há divergência doutrinária.

Assim, a discussão doutrinária em torno das súmulas vinculantes gira em torno de seu status como fonte formal imediata do Processo Penal e se o STF poderia ser considerado uma fonte material, conforme Mougenot citado anteriormente a resposta é positiva para as duas questões.

No entanto, outra parte da doutrina entende que apesar do caráter vinculante e da generalidade das Súmulas Vinculantes, elas

não devem ser confundidas com leis, pois não são manifestações do Poder Legislativo, o representante popular legítimo. Assim, as Súmulas Vinculantes, ainda que possuam caráter geral e abstrato e sejam vinculantes para o Estado, não são igualadas à lei e, por isso, não são consideradas fonte formal imediata do Processo Penal, esse é o entendimento de Avena[277] e Abreu[278].

5.2.2.2 Princípios

Princípios, no contexto jurídico, conforme explicado por Celso Antônio Bandeira de Mello[279], são mandamentos nucleares de um sistema jurídico, servindo como alicerce e influenciando a interpretação e aplicação das normas.

Com efeito, os princípios são fontes formais mediatas do processo penal, dada a sua importância, eis que fornecem coesão ao sistema jurídico, harmonizando aparentes conflitos entre diferentes áreas do direito. São considerados mandamentos de otimização, conforme explicado por Alexy[280] e Canotilho[281], significando que buscam a realização mais ampla possível dentro dos limites jurídicos existentes. Ao contrário das regras, que são aplicadas de maneira binária (valem ou não), os princípios admitem gradações na sua aplicação.

Os princípios, assim, são essenciais para interpretar e aplicar o direito processual penal. Eles agem como guias para encontrar soluções justas em casos nos quais a lei pode ser ambígua ou insuficiente. Como fontes formais mediatas, os princípios não emanam diretamente da legislação escrita, mas são inferidos a partir dela e de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, ajudando a moldar a aplicação da lei de forma mais justa e equitativa, evitando antinomias no sistema jurídico.

5.2.2.3 Costumes

Os costumes são um conjunto de práticas sociais repetidas no transcurso do tempo que são respeitadas pela sociedade com uma convicção de obrigatoriedade.

Os costumes podem ser classificados em: *secundum legem*, costumes que estão de acordo com a lei; *praeter legem*: preenchem lacunas da lei; e *contra leg*em: são costumes que contrariam a lei, e tais têm aproveitamento jurídico vedado. Assim, não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro o emprego do costume *contra legem*, eis que ele não possui a capacidade de afastar a lei, com efeito, ainda que em uma alguma região do país permaneça um costume que colida com uma lei, tal não poderá ser escusa para não cumprir a lei, esta será sempre respeitada.

Diverge a doutrina se o costume pode ser tido como fonte do processo penal. José Frederico Marques esclarece que o costume não é fonte primária do processo penal, apesar de ser respeitado fonte secundária do processo penal.[282]

Mirabete defende a utilização do costume como fonte do processo pena, pois o disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) no art. 4.º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Nesse sentido, defende Mirabete, "o costume pode auxiliar na interpretação e mesmo aplicação da norma processual. É o que se tem denominado de 'praxe forense'". [283]

Guilherme Madeira Dezem defende que "o costume pode ser considerado como fonte do processo penal, desde que seja para garantir direitos ao acusado. Isso porque, tendo em vista a vertente garantista", que deve ser justaposta nesse aspecto à característica da eficácia, é admissível "o reconhecimento do costume como fonte do direito para beneficiar o acusado".[284]

Assim, é inconteste que o costume pode ser reconhecido como fonte do processo penal, mas somente quando serve para assegurar direitos ao acusado, destacando a abordagem garantista e inerente ao processo acusatório que deve prevalecer. Destarte, enquanto o ordenamento jurídico brasileiro não permite o costume *contra legem*, reconhece a importância dos que estão em concordância ou que preenchem lacunas da lei, notadamente no processo penal, para proteger direitos fundamentais e guiar a decisão judicial na ausência de legislação específica.

5.2.2.4 Atos Administrativos

No campo do direito penal é comum a utilização de atos administrativos como fontes formais a fim de completar normas penais em branco, como exemplo, a Lei de Drogas, a qual é regulada pela Portaria expedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde n. 344/1998. No entanto, hipóteses no Direito Processual Penal são menos comuns, mas ele pode se socorrer dos atos administrativos para completar normas processuais penais em branco, genéricas, que necessitem de complementação.

Ato administrativo é a "declaração do Estado ou quem lhe faça as vezes (pode ser praticado pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), expedida em nível inferior à lei", com a finalidade de cumpri-la "(distingue o ato administrativo da lei), sob regime de direito público (distingue do ato administrativo do ato de direito privado)" e está sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".[285]

Convém esclarecer que ato administrativo podem se apresentar sob as seguintes modalidades: atos punitivos, atos enunciativos, atos negociais, atos ordinatórios e atos normativos. Como fonte do direito processual penal, interessa com maior ênfase, os atos

normativos, os quais são os que são compostos de “comando geral visando a correta aplicação da lei. Detalhar melhor o que a lei previamente estabeleceu. Ex. decretos, regulamentos, regimentos, resoluções, deliberações”. [286]

Por exemplo, a LC n. 59/01 do Estado de Minas Gerais (Lei de Organização Judiciária), em seu art. 84, §6º, autoriza o Tribunal de Justiça a instituir Turmas Recursais e determinar sua competência. Portanto, a competência processual penal pode ser especificada por leis estaduais ou atos normativos do Tribunal de Justiça, configurando os atos administrativos como fonte mediata do processo penal.[287]

Outro exemplo, são as normas emanadas pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Cite-se a Resolução Nº 213 de 15/12/2015, antes de haver previsão de audiência de custódia no CPP, foi o ato administrativo emanado pelo CNJ, quem deu efetividade ao Pacto de São José da Costa Rica, dispõe em seu Art. 1º: “Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.”

Também, com o isolamento social causado pela pandemia de COVID-19, foi o CNJ quem editou em 2020, ato administrativo normativo, a fim de regulamentar a realização de audiência por videoconferência. Atualmente, a Resolução Nº 465 de 22/06/2022, dispõe em seu Art. 1º: “Instituir diretrizes para a realização de videoconferências no âmbito do Poder Judiciário, de modo a possibilitar que os jurisdicionados compreendam a dinâmica processual no cenário virtual, e a aprimorar a prestação jurisdicional de forma digital”.

Além dos exemplos citados nos parágrafos anteriores, regimentos internos dos tribunais habitualmente emitem atos administrativos normativos sobre procedimentos, como exemplo, os agravos internos, que são recursos não instituídos por lei, mas por atos de cada tribunal. [288]

5.2.2.5 Indultos presidenciais

O indulto é de atribuição do Presidente da República e está antevisto no artigo 84, XII, da CF. Igualmente conhecido como indulto coletivo, é destinado "a um grupo indefinido de condenados que serão delimitados levando-se em conta requisitos como pena aplicada, pena cumprida e modalidade de crime". O indulto poderá ser parcial, quando em vez de extinguir a punibilidade, determina outros benefícios, como a redução da pena.[289]

Trata-se, assim, o indulto de fonte formal mediata do direito processual penal, sendo passível, todavia, de controle judicial, pois embora seja ato discricionário do Presidente da República, se a concessão contrariar os requisitos previstos na Constituição Federal, nesse sentido decidiu o STF:

> *[...] 3. O tema relativo à constitucionalidade do Decreto de Indulto presidencial (eDoc. 898) será analisado em sede própria (ADPFs 964, 965, 966 e 967, Rel. Min. ROSA WEBER), pois, conforme definido por esta SUPREMA CORTE, no julgamento da ADI 5874, apesar de o indulto ser ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo, a quem compete definir os requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, não constitui ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e é, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional, pois o Poder Judiciário tem o dever de analisar se as normas contidas no Decreto de Indulto, no exercício do caráter discricionário do Presidente da República, estão vinculadas ao império constitucional. 4. Enquanto não houver essa análise e a decretação da extinção de punibilidade pelo Poder Judiciário, nos termos dos arts. 738 do Código de Processo Penal e 192 da Lei de Execuções Penais, a presente ação penal prosseguirá normalmente, inclusive no tocante à observância das medidas cautelares impostas ao réu DANIEL SILVEIRA e devidamente referendadas pelo Plenário desta SUPREMA CORTE. 5. Embargos de Declaração rejeitados. (Pet 10373 ED-segundos, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 14-11-2022, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 07-03-2023 PUBLIC 08-03-2023)*

Portanto, o indulto, prerrogativa do Presidente da República determinada pelo artigo 84, XII, da Constituição Federal, pode ser concedido de forma coletiva a um grupo não determinado de condenados, com embasamento em critérios como a pena aplicada, a pena já cumprida e o tipo de crime cometido. Conquanto seja um ato discricionário do Presidente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o indulto não está imune a controle judicial, sendo passível de revisão quanto à sua harmonia com a Constituição. Assim, até que exista uma análise judicial da constitucionalidade do decreto presidencial de indulto e a extinção da punibilidade seja decretada pelo Judiciário, os processos penais e as medidas cautelares impostas aos réus continuam em vigor.

---

258 MICHAELIS. Verbete "fonte". In: Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda, 2023. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fonte. Acesso em: 10 de set. 2023.

259 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

260 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

261 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 18

262 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 17

263 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 17

264 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 18

265 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

266 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023, p. 18

267 NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, n.p.

268 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os caminhos da jurisprudência constitucional brasileira**. In: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

269 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os caminhos da jurisprudência constitucional brasileira**. In: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

270 ABREU, Fernando. **Manual de Processo Penal**: estudo direcionado para concursos de Defensoria Pública, Delegado de Polícia, Magistratura e Ministério Público. Salvador: JUSPODIVM, 2023, p. 44.

271 ABREU, Fernando. **Manual de Processo Penal**: estudo direcionado para concursos de Defensoria Pública, Delegado de Polícia, Magistratura e Ministério Público. Salvador: JUSPODIVM, 2023, p. 44.

272 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 20.

273 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

274 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 153, p. 8-9, ago. 2005.

275 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014.

276 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

277 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

278 ABREU, Fernando. **Manual de Processo Penal**: estudo direcionado para concursos de Defensoria Pública, Delegado de Polícia, Magistratura e Ministério Público. Salvador: JUSPODIVM, 2023

279 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de direito administrativo, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1991

280 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008,

281 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1998

282 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Milennium, 2009

283 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. cit., p. 35.

284 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-2.4

285 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 335.

286 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 335.

287 ABREU, Fernando. **Manual de Processo Penal**: estudo direcionado para concursos de Defensoria Pública, Delegado de Polícia, Magistratura e Ministério Público. Salvador: JUSPODIVM, 2023

288 ABREU, Fernando. **Manual de Processo Penal**: estudo direcionado para concursos de Defensoria Pública, Delegado de Polícia, Magistratura e Ministério Público. Salvador: JUSPODIVM, 2023

289 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-17-17

6 INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

A fim de melhor compreender o papel da interpretação da lei processual penal são necessários alguns pontos introdutórios. Assim, a hermenêutica – ato de extrair o sentido, interpretar –, proveniente do verbo grego *hermeneuein*, relaciona-se à interpretação e tem suas raízes na figura mitológica de Hermes, o mensageiro entre deuses e homens e símbolo da comunicação e compreensão. A etimologia latina de interpretação, *interpretare*, propõe um aprofundamento na investigação por significados, uma prática ligada historicamente à adivinhação e ao esclarecimento de mensagens ocultas.[290]

No âmbito do conhecimento, das ciências, a hermenêutica é aplicada a interpretação em múltiplas áreas, como arte, literatura, teologia e direito, laborando como um processo de mediação entre o autor e o público. Com o tempo, assumiu múltiplos significados e foi reunida em várias disciplinas das ciências humanas e da filosofia. A hermenêutica jurídica, por sua vez, é uma área que reflete sobre os fundamentos e métodos para interpretar o direito, reconhecendo-o como parte essencial da cultura humana e da vida em sociedade. [291]

A interpretação, portanto, desiderato da ciência da hermenêutica, "consiste em extrair o conteúdo e o sentido de uma norma, de modo que possa ser aplicada ao caso concreto",[292] ou seja, acessar qual o sentido da norma e aplicar à realidade fática a ser decidida pelo Poder Jurisdicional.

6.1 Contexto da Atividade Interpretativa

É relevante contextualizar que o sistema jurídico brasileiro, decorrente, principalmente, da tradição jurídica continental europeia, o sistema da *civil law,* baseia-se predominantemente em leis formalmente codificadas e escritas, como a Constituição, leis e decretos, os quais estabelecem regras gerais e abstratas dedicadas a regular uma extensa gama de situações. Assim, a interpretação desses textos legais é uma etapa essencial para os juristas do direito, que precisam extrair as normas aplicáveis aos casos específicos antes de efetivamente aplicar a lei, por tal razão, "a atividade interpretativa, portanto, precede a aplicação legal"[293].

Nesse sentido, a interpretação das leis processuais penais no direito brasileiro é norteada pelas mesmas regras hermenêuticas aplicadas às leis em geral, a despeito de o Código de Processo Penal (CPP) não oferecer um guia específico ou completo para essa interpretação. Como lecionado por Tornaghi[294], o escopo da interpretação legal é discernir o conteúdo, a inteligência e a vontade da lei em si, e não a intenção dos legisladores, que muitas vezes é coletiva e diversificada.

Ademais, na interpretação do direito processual penal, é enfatizada a distinção entre o direito penal substantivo e o procedimento penal, sendo inadmissível a ampliação interpretativa dos tipos penais incriminadores ou o uso de analogia, o que não ocorre no processo penal, conforme o artigo 3º do CPP:[295] "*a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*".

Portanto, a partir do contexto interpretativo, conforme esclarece Badaró, "admite-se no processo penal a 'interpretação extensiva' e, quanto à integração da lei processual penal, o emprego da analogia –

é nesse sentido que se emprega a expressão ‘aplicação analógica’ – e dos princípios gerais de direito”.[296]

> *Nesse sentido, Mougenot com base em Wróblewski[297], explica que as normas jurídicas são enquadradas eum um tríplice contexto que delimitam a atividade interpretativa, são eles: linguístico, sistêmico e funcional.*
> *a) linguístico: observando a linguagem legislativa, percebe-se ser uma subclasse da linguagem vulgar (leiga), ostentando, contudo, peculiaridades semânticas. Ambas têm em comum, por outro lado, as mesmas indeterminações, vale dizer, tanto a linguagem leiga quanto o vocabulário legal contêm indeterminações que possibilitam variadas compreensões de seus significados pelo intérprete;*
> *b) sistêmico: a norma jurídica integra um sistema, daí que não pode ser contraditória ou incoerente com o conjunto sistêmico em que está inserida;*
> *c) funcional: o contexto funcional advém das relações de interdependência que o sistema jurídico mantém com a sociedade. Dessa forma, o direito pertence e dialoga com os mais diversos fatores sociais, culturais, econômicos, políticos etc. Por conseguinte, a atividade do intérprete consiste em perquirir de onde proveio a norma a ser interpretada, quando, como, para que finalidade etc., e quais são as circunstâncias histórico-sociais que ensejam a sua aplicação.[298]*

6.2 Finalidades da Interpretação

Mougenot[299] leciona que existem múltiplas abordagens para o estudo da interpretação jurídica, centradas principalmente em torno de duas teorias relativas à sua finalidade:

a) A **teoria subjetivista**, ou da vontade, sustenta que a interpretação deve focar na identificação da intenção “histórico-psicológica” do legislador. Esta teoria se empenha em entender a *mens legislatoris*, isto é, a mente do legislador, perquirindo desvendar as razões pelas quais o legislador preferiu por uma redação específica em vez de outras alternativas.
b) Já, a **teoria objetivista** direciona a interpretação para o significado próprio ao próprio texto legal. Esta perspectiva é fundamentada na premissa de que as leis evoluem e adquirem significados próprios, independentemente da intenção original do legislador. Portanto, os valores sociais

> e as condições históricas que se transformam com o tempo podem exigir novas maneiras de interpretar o texto legal. Notadamente considerando que, à medida que as leis permanecem ao longo do tempo, elas fatalmente serão aplicadas a situações que não podiam ser antecipadas na época da sua criação. Portanto, a busca é pela *mens legis*, uma vontade imbuída na lei em si mesma.

6.3 Critérios de interpretação aplicados ao direito processual penal

Os chamados métodos de interpretação, na realidade, são critérios ou posturas de argumentação instituídos por Savigny e adotados pelas doutrinas positivistas para guiar o intérprete na busca pelo significado contido nos textos legais, "[...] Friedrich Carl von Savigny, que fundou a mais clássica classificação das modalidades de interpretação, da seguinte forma: gramatical; lógica; histórica; sistemática".[300]

Com efeito, a necessidade de interpretação ante ao fato de que os enunciados normativos geralmente não possuem significado único, exceto em casos de conceitos matemáticos precisos, como a idade. Importante destacar que inexiste uma hierarquia fixa entre os métodos interpretativos; ao contrário, eles são sopesados como complementares e nenhum método foi universalmente aceito como o mais correto, isso irá depender da vertente adotada pelo intérprete.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece que a interpretação é inseparável do ordenamento jurídico e que, independentemente do método hermenêutico aplicado, o desígnio é definir o sentido e o alcance das leis, sem que isso represente uma usurpação de poder. Assim, um intérprete prudente usará uma combinação de critérios

para estabelecer um significado que reflita verdadeiramente a intenção e o propósito da lei naquele momento de aplicação.[301]

Nesse sentido, os critérios ou meios empregados (para alguns, métodos) de interpretação mais debatidos são:

a) Gramatical ou literal: O critério de interpretação gramatical, também denominado literal ou sintático, é uma técnica hermenêutica que destaca o significado explícito das palavras contidas no texto da lei. Este método apoia-se na ideia de que o juiz deve servir como a "boca que pronuncia as palavras da lei", limitando-se a uma reprodução objetiva do texto legal sem inserir sua própria vontade ou interpretação. Sob este ponto de vista, a função do juiz é essencialmente passiva, a de um *pouvoir neutre,* que não interfere, mas apenas aplica a lei tal como está escrita. Na contemporaneidade, o método gramatical serve como um ponto inicial na interpretação legal, investigando os significados comuns e amplos das palavras e frases dentro do contexto geral do uso linguístico.[302] Por exemplo, ao interpretar o artigo do Código Penal que menciona a possibilidade de redução da pena para o semi-imputável (art. 26, parágrafo único, do Código Penal, dispondo que "a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento"), esse critério alude que a palavra "pode" indica uma faculdade do juiz, o que obviamente não é o entendimento doutrinário majoritário. Assim, a aplicação rígida deste método pode levar a resultados que não

refletem adequadamente a intenção legislativa, pois, como indica a doutrina dominante, a realidade jurídica é frequentemente mais complexa do que a mera literalidade das palavras pode sugerir. Assim, a interpretação gramatical, embora útil, deve ser equilibrada com outras considerações hermenêuticas para alcançar a verdadeira finalidade da lei.[303]

b) Teleológica ou lógica: Leciona Limongi França, que esse critério é aquele "que se leva a efeito, mediante a perquirição do sentido das diversas locuções e orações do texto legal, bem assim através do estabelecimento da conexão entre os mesmos," na maioria das vezes em "posse dos meios fornecidos pela interpretação gramatical".[304] Assim, o critério interpretação lógico, também conhecido como teleológico, fundamenta-se na ideia de que o significado das normas deve ser compreendido não apenas solitariamente, mas em sua relação e conexão com outros termos no contexto da legislação a ser interpretada. Este método busca entender a lei em sua totalidade, considerando a racionalidade interna do sistema jurídico, que requer consistência e lógica entre seus elementos. Procura ir além da interpretação gramatical ou literal, procurando entender a intenção real da lei, ou seja, a sua *ratio legis* (as necessidades que originaram a criação da regra), a *vis legis* (os objetivos propendidos pelo legislador) e a *ocasio legis* (o contexto histórico no momento da elaboração da lei). Um exemplo prático é a interpretação do artigo da Constituição que define a competência dos juízes federais para julgar crimes ocorridos em navios.[305] Como exemplo, colaciona-se o acórdão proferido pelo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. ALEGADA NULIDADE DO DEPOIMENTO ESPECIAL. NORMA QUE VISA TUTELAR A VÍTIMA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO NA FASE INVESTIGATIVA. PREJUÍZO, ADEMAIS, NÃO DEMONSTRADO. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. ADULTERAÇÃO DA PROVA NÃO CONSTATÁVEL PRIMO ICTU OCULI. NECESSIDADE DE PERÍCIA. MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE ANÁLISE EXAURIENTE SOBRE A PROVA NO JUÍZO PROCESSANTE. MÉRITO DO PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. RECURSO DESPROVIDO.

[...] 3. Consoante jurisprudência deste Tribunal, há que se conferir interpretação teleológica à Lei n. 13.431/2017, sob pena de subverter sua mens legis. É evidente que a legislação em comento tem por escopo assegurar os direitos de privacidade e intimidade de crianças e adolescentes vítimas de violência, evitando-se, sobretudo, o pernicioso processo de revitimização. O Acusado, porém, não pode arguir a nulidade do ato, ao argumento de que o depoimento da ofendida deveria ocorrer apenas uma vez e de que a vítima "deveria ser poupada de violência institucional". Com efeito, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, "[n]enhuma das partes poderá argüir nulidade [...] referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse". 4. No caso, o depoimento impugnado pela Defesa ocorreu em procedimento investigativo conduzido pelo Ministério Público e não no curso da ação penal. Evidentemente, naquela fase, assim como no inquérito policial, a investigação tem caráter inquisitorial, até porque tem por escopo a mera formação da opinio delicti e não o juízo de mérito sobre a veracidade dos fatos imputados, que é apurado na instrução processual, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa. Na fase preliminar, portanto, não há direito subjetivo do Acusado de participar da oitiva de vítima e eventuais testemunhas, tampouco da Defesa de ser intimada previamente ao ato. 5. Cabe referir que até mesmo nulidades absolutas exigem a demonstração de prejuízo. Precedentes do Pretório Excelso. Na hipótese, não foi demonstrado, especificamente, o prejuízo causado ao Réu e em que medida a renovação do ato o beneficiaria. [...] (AgRg no HC n. 828.321/TO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 28/9/2023.)

c) Sistemático: Explica Renato Marcão que esse critério, "a necessidade de interpretação não decorre de dúvida a respeito do que diz o texto analisado, mas de sua conformidade com o sistema jurídico em que se insere".[306] Requer, assim, que cada preceito normativo, como um artigo do Código Penal, seja compreendido não de forma isolada, mas como parte integrante de um sistema jurídico mais amplo. Isso significa que um parágrafo deve ser analisado em relação ao seu artigo correspondente, que, por sua vez, deve ser compreendido dentro do contexto do

capítulo e do próprio código, que por sua vez deve ser interpretado dentro de um contexto constitucional.

Esta abordagem enfatiza a necessidade de harmonia e consistência entre as diversas disposições legais, assegurando que cada preceito esteja em concordância com as normas correlatas e com o ordenamento jurídico como um todo. Essa metodologia de interpretação se alinha com o princípio da plenitude hermética do ordenamento jurídico, considerando-o como uma unidade coesa e harmônica.[307]

d) Histórico: O método histórico ou reconstrutivo, enfoca a descoberta do significado de um texto legal por meio da exploração de seu contexto histórico. Esse processo envolve uma análise detalhada das circunstâncias e debates que precederam a criação e positivação da lei, abrangendo o exame de precedentes normativos, o processo legislativo e as discussões que entusiasmaram a elaboração da norma.

Para uma interpretação completa e aprofundada, o intérprete deve pesquisar os registros do momento histórico-político da criação da norma, as discussões no âmbito legislativo, possíveis vetos e suas justificativas, assim como a Exposição de Motivos que acompanha a legislação. Essa abordagem histórica ou reconstrutiva considera os antecedentes da regra interpretada para compreender melhor seu significado e propósito.[308]

e) Método comparado: Ou quinto método, segundo nomenclatura dada por Mougenot, amplamente utilizado na atualidade, foca sobretudo em questões relacionadas a direitos e garantias fundamentais, frequentemente abordadas em tratados e pactos internacionais e de interesse global.

Este método propõe uma "abertura ao exterior" dos textos constitucionais, permitindo uma análise dos direitos fundamentais utilizando-se de uma perspectiva comparativa. Diferente da abordagem histórica, que busca compreender o significado temporal das normas, o método comparado ressalta uma análise espacial, no qual a interpretação das normas internas é enriquecida pelo estudo de sistemas jurídicos estrangeiros. Nesse sentido, ele promove uma interpretação sincrônica, relacionada ao espaço e ao contexto global, mais do que diacrônica, ou seja, focada no aspecto temporal das normas.[309]

f) Critério (ou método) de interpretação em favor dos direitos humanos, *pro homine* ou *pro dignitatis*: apresentado por Giacomolli, o autor explica que ao ratificar tratados internacionais como o PIDCP (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) e a CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos) e admitir a competência da CIDH, o Brasil integrou a normatividade de tais normas ao seu ordenamento jurídico.

Isso envolve a obrigatoriedade de respeitar e adequar a legislação nacional às normas de proteção dos direitos humanos, sem que isso acarrete ofensa à soberania estatal, mas, ao contrário, robustecendo o Estado Democrático de Direito e a responsabilidade de proteger os direitos humanos ("soberania responsável"), razão pela qual, usar tais critérios ao realizar a interpretação da norma significa fortalecer o Estado Democrático de Direito. Conforme o art. 4º, II, da Constituição Federal, os direitos humanos têm prevalência e, em caso de conflito entre normas convencionais e constitucionais, prevalece a que oferece maior proteção ao direito humano violado. Tal premissa é reforçada pelo art. 1º, III, e pelos §§ 2º e 3º do art. 5º da CF/88.

Assim, a interpretação dos direitos humanos e fundamentais deve ser ampliativa, conforme instituído no art. 29 da CADH e nas decisões da CIDH. Nesse sentido, a CIDH, ao interpretar a normatividade de cada país, e os juízes e tribunais nacionais, ao aplicar a norma convencional, devem sempre optar pela regra que garanta maior proteção aos direitos fundamentais. O devido processo legal, abalizado na Constituição Federal e na normatividade convencional, estabelece a observância de todas as regras adequadas ao Estado de Direito.

A CIDH tem ressaltado a necessidade de tratamento humanitário para as pessoas privadas de liberdade, perfilhando a responsabilidade estatal por atos de tortura ou maus-tratos, como corroborado em diversos casos julgados pela Corte. Além disso, a OC no 14/94 da CIDH estabelece a obrigação dos Estados de implementar e não criar leis contrárias à Convenção.[310]

g) Progressivo ou evolutivo: Esclarece Edilson Mougenot Bonfim que "a atividade interpretativa deve ter por princípio a preservação da norma jurídica". Nesse sentido, normas "que, por razões históricas, passem a conter referências a conceitos que tenham significado diverso daquele original devem ser interpretados com razoabilidade", de maneira a adequar-se o sentido original às circunstâncias hodiernas.

Nessa linha de raciocínio, "expressões como 'Chefe de Polícia' ou 'Tribunal de Apelação', presentes no Código de Processo Penal", atualmente devem ser compreendidas como "Secretário da Segurança Pública" e "Tribunais de segundo grau", institutos que hoje em dia desempenham "as funções e atribuições que originalmente cabiam àquelas mencionadas no texto legal".[311]

h) Interpretação conforme à Constituição: critério hermenêutico, também conhecido como "princípio do constitucionalismo" ou "princípio da conformidade" na terminologia utilizada por Canotilho, é uma variação do método sistemático que leva em conta a hierarquia das normas no ordenamento jurídico.

Conforme este princípio, toda legislação infraconstitucional deve estar alinhada com as normas e princípios da Constituição para ser válida. Quando um preceito legal permite múltiplas interpretações, o intérprete deve priorizar aquela que está em conformidade com a Constituição e que melhor se harmoniza com ela, buscando assim manter a coerência do sistema jurídico.[312] Nessa linha se insere também a Crítica Hermenêutica do Direito, teoria apresentada por Lenio Streck, na qual a integridade do direito se dá por sua interpretação que esteja em consonância com a Constituição.[313] Sobre o tema, importante a lição de Hesse:

> *Segundo esse princípio, uma lei não deve ser declarada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição. Essa "consonância" existe não só então, quando a lei, sem a consideração de pontos de vista jurídico-constitucionais, admite uma interpretação que é compatível com a Constituição; ela pode também ser produzida por um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei ser determinado por conteúdos da Constituição. No quadro da interpretação conforme a Constituição, normas constitucionais são, portanto, não só "normas de exame", mas também "normas materiais" para a determinação do conteúdo de leis ordinárias. Ao contrário, interpretação conforme a Constituição não é, contra "texto e sentido" ou contra "o objetivo legislativo", possível. A vontade subjetiva do legislador não deve, nisto, ser decisiva; o importante é, antes, manter o máximo daquilo que ele quis. Em nenhum caso, uma Lei deve ser declarada nula se a inconstitucionalidade não é evidente, senão existem somente objeções, por mais sérias que essas sejam.*[314]

6.4 Classificação da Interpretação Quanto ao Resultado

Em relação ao resultado alcançado com a atividade hermenêutica, a intepretação pode ser classificada em:

a) Restritiva: Também conhecida como limitativa, ocorre quando é preciso limitar o escopo de um termo específico presente na norma, de modo a garantir sua verdadeira eficácia, evitando contradições com outras disposições. Explica Mougenot que geralmente são interpretados restritivamente: "i) dispositivos normativos que estabeleçam exceções a regras gerais e ii) dispositivos normativos que estabeleçam restrições a direitos e garantias do réu".[315]

b) Extensiva: Também denominada de compreensiva, o resultado ocorre de maneira completamente inversa à interpretação restritiva, a interpretação extensiva é aplicada para expandir o significado de um ou mais termos legais, com o objetivo de aumentar a eficácia da norma. De fato, "a norma, assim, passa a incidir sobre situações que aparentemente não seriam por ela alcançadas. Consta de previsão legal expressa (art. 3º do Código de Processo Penal)".[316] Conforme mencionado quando da explicação da interpretação restritiva, em alguns casos não é cabível a interpretação extensiva, especialmente quando se trata de limitação de direitos, ainda que em sede de matéria processual, veja:

> *"(...) não se inclui a atribuição do Supremo Tribunal para processar e julgar, originariamente, ação de habeas corpus na qual figure como autoridade coatora delegado da Polícia Federal e chefe da Interpol no Brasil. A matéria não admite interpretação extensiva, por se cuidar de regra de competência constitucional expressa." (**HC 119.056-QO**, voto da rel. min. **Cármen Lúcia**, julgamento em 3-10-2013, Plenário, DJE de 12-12-2013.)*
>
> *O pedido da defesa para juntada de documentos, cuja leitura pretendia realizar em plenário, não poderia ter sido indeferido, pois foi protocolizado exatos três dias antes da data do julgamento. Art. 475 do CPP. Impossibilidade de interpretação extensiva para prejudicar o réu. O prejuízo causado pelo indeferimento ofende o próprio interesse público, pois conduziu à prolação de um veredicto sem que todas as provas existentes fossem submetidas ao conhecimento dos jurados. Garantias do contraditório e da*

*ampla defesa violadas. (...) Ordem concedida para que novo julgamento seja realizado pelo tribunal popular, garantida a leitura dos documentos cuja juntada foi indeferida pelo ato impugnado. Impossibilidade de reformatio in pejus." (**HC 92.958**, rel. min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 1o-4-2008, Segunda Turma, DJE de 2-5-2008.)*

c) Declarativa: Ou especificadora, nesse caso, não ocorre, no resultado da atividade interpretativa, expansão, nem restrição na eficácia, ou seja, no alcance da norma, cingindo-se, tão somente, a declarar o sentido literal da norma interpretada.

6.5 Interpretação Analógica

A interpretação analógica, a qual não pode se confundir com analogia (que é uma forma de integração da norma, conforme se verá no tópico seguinte) "vale-se de um processo de semelhança, apontando outros termos que podem ser tomados por base para a avaliação do juiz no tocante à aplicabilidade da norma como um todo".[317]

Importante explicar que o que distingue a analogia da interpretação analógica "é a *voluntas legis*, já que nesta última é a própria lei que indica a possibilidade de alcançar fatos semelhantes. Ao contrário do que ocorre em relação à analogia, só é cabível interpretação analógica" quando a lei expressamente, assim indicar.[318]

Assim, a interpretação analógica busca ampliar o alcance de um termo legal para abranger situações similares, parecidas, embora não explicitamente mencionadas na lei, como corroborado no art. 405, § 1.º, do CPP, veja:

Por exemplo, o art. 405, § 1.º, do CPP prevê que, "sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual" (destacamos). A expressão "ou técnica similar", após o rol de situações – gravação magnética, estenotipia, digital (rectius: gravação digital) –, faz com que o

> *legislador possibilite ao intérprete se valer de outra tecnologia equivalente de registro de áudio, vídeo, ou ambos, que venha a surgir.*[319]

Outro exemplo é o mencionado no art. 254, II, do CPP:

> *O art. 254, II, do CPP, invoca expressamente a utilização da interpretação analógica ao regular as razões de suspeição do juiz, verbis: "Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I – (...); II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia".*[320]

Assim, na interpretação analógica é um meio de extrair o sentido da norma ou da expressão apontada na norma, assinalando outros termos que podem ser adotados por baldrame para a avaliação do juiz no que diz respeito à aplicabilidade da norma como um todo.

6.6 Integração da Lei Processual Penal: Analogia

A analogia provoca a procura por semelhanças entre situações distintas. "A aplicação analógica a que se refere o art. 3º do Código de Processo Penal consiste, portanto, na aplicação, em face de determinado caso concreto, de uma norma originalmente destinada a casos diversos".[321] Nesse sentido, "na analogia, o intérprete ou aplicador procura e não encontra no ordenamento jurídico dispositivo que regule a situação tratada", o que libera a reconhecer característica hipótese de lacuna no ordenamento jurídico. Assim, para a solução do empecilho, recorre-se à existência de regra jurídica reguladora de caso parecido.[322]

Portanto, a analogia é um método que busca preencher lacunas na legislação, empregando um processo baseado em semelhanças, trata-se de integração da norma processual penal e não de interpretação. Assim, quando não há uma lei específica para uma determinada situação, outra lei similar pode ser utilizada para resolver a questão. Além de ser uma fonte de expressão no direito

processual penal, a analogia também é reconhecida como um elemento crucial para o preenchimento de lacunas na lei.[323]

Há que se diferenciar a interpretação extensiva de analogia, a primeira "não faz senão reconstruir a vontade legislativa existente para a relação jurídica que só por inexata formulação parece à primeira vista excluída, enquanto, ao invés, a analogia se encontra em presença de uma lacuna", ou seja de um fato não antevista na norma, "e procura superá-lo através de casos afins". [324]

Entretanto, importante ressaltar, que apesar de autorizadas, no âmbito do processo penal, as técnicas de interpretação extensiva e de analogia são limitadas, especialmente em normas que restringem a liberdade pessoal ou outros direitos de defesa do acusado, conforme explicado por Manzini[325].

Normas processuais penais que limitam tais direitos devem ser interpretadas restritivamente, alinhando-se com as garantias constitucionais de presunção de inocência e ampla defesa. A interpretação extensiva e a analogia são consentidas tão-somente em favor do acusado, *favor rei*, e em questões procedimentais, desde que não restrinjam direitos de defesa.[326]

6.7 Princípios Gerais do Direito

No campo do direito processual penal, os princípios gerais do direito desempenham um papel crucial na integração e interpretação das normas. Conforme estabelecido pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, esses princípios são tomados de maneira suplementar para suprir as lacunas da lei, baseando-se em princípios gerais do direito, ou seja, princípios inferidos do conjunto do ordenamento jurídico estatal. Eles cominam coesão e unidade ao sistema jurídico, fundamentando-se na própria noção de direito.

Assim, entre os princípios gerais aplicáveis ao processo penal, destaca-se o *favor rei*, que ressalta a importância de interpretar as normas de maneira a favorecer o réu, principalmente em situações de dúvida. Este enfoque é consistentemente aplicado em questões de fato, no entanto, surge a questão se tal máxima, *in dubio pro reo*, do mesmo modo se estende a questões de direito. Conforme explica Badaró, enquanto as dúvidas sobre provas são questões epistêmicas, as incertezas sobre as normas jurídicas são hermenêuticas, muitas vezes envolvendo complexidades que levam à incerteza do julgador sobre a melhor resolução para o caso. Uma parte da doutrina sustenta que o *in dubio pro reo* também deve ser aplicado em questões de direito.[327]

Além disso, leciona Mougenot, os princípios gerais do direito se manifestam em brocardos, como *In eo quod plus est semper inest et minus* (quem pode o mais, pode o menos) e*”nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (a ninguém é dado alegar a própria torpeza). Estes princípios são aplicáveis a todos os ramos do direito, mas têm uma importância particular no direito processual penal, pois orientam a interpretação e aplicação das normas em favor da justiça e da proteção dos direitos do acusado, especialmente em caso de dúvidas.

---

290 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

291 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

292 BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer. “A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais”. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional.** 1ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154.

293 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 47.

294 TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, tomo II, 1956,

295 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.7

296 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.7

297 WRÓBLEWSKI, J., An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation, Acta Universitatis Lodziensis, **Folia Iuridica** 32, 1987, p. 49-58.

298 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 47.

299 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 47.

300 BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito:** humanismo, democracia e justiça. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 220.

301 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

302 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

303 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

304 FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 13. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

305 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

306 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

307 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

308 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

309 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

310 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

311 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 49.

312 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

313 STRECK, Lenio Luiz **Verdade e consenso**.6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017

314 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 71-72.

315 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 49

316 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 49

317 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 18.

318 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 52.

319 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.7

320 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 52.

321 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 50

322 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 52.

323 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022

324 FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**, 13. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

325 MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Dirito Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice**. Volume Primo. Torino: Unione Tipográfico – Editrice Torinense, 1931

326 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.7.

327 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-1.14

7 A LEI PROCESSUAL NO TEMPO E NO ESPAÇO

A relevância da compreensão da eficácia da lei processual no tempo e no espaço se reveste em saber quando determinada lei será ou não aplicada.

Cumpre explicar que tempo, ou seja, a medida, a sucessão de momentos em que se desenvolvem os fatos, pode alterar se determinada lei processual será aplicada ou não, apesar de vigente.

Por exemplo, o processo penal "A" teve início em 10 de março de 2021, dia 15 de abril de 2021, entra em vigor a Lei "C", essa lei será aplicada a esse processo? A resposta irá depender, em regra, a lei processual nova se aplica imediatamente ao processo, mas se a lei nova tiver natureza mista (ou seja, de processo penal e penal) a situação muda. Razão pela qual, tais situações serão debatidas nos tópicos que seguem.

Da mesma forma, a prática criminosa, por exemplo, um crime de sequestro, inicia-se na cidade "A", mas a vítima fica em cárcere na cidade "B", a qual está localizada em outro estado da federação ou até mesmo em outros país.

Tal são as questões a serem debatidas a seguir.

7.1 Eficácia da norma processual penal no tempo

Via de regra, em consonância com o art. 2º do CPP, a lei processual penal é aplicada no momento que entra em vigor, na maioria das vezes sem um período de *vacatio legis*, pois não se trata de criminalização de novas condutas.

Dispõe o citado artigo: “art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”, trata-se, portanto, do princípio da imediatidade. Com efeito, a partir dessa disposição legal, a nova lei processual penal é aplicada imediatamente “independentemente de serem benéficas ou prejudiciais ao réu, tão logo passasse a *vacatio legis*, sem prejudicar, contudo, os atos já praticados, eis que não retroagiria jamais”.[328]

Todavia, tendo em vista a distinção de aplicabilidade de norma penal (irretroatividade da lei pior e retroatividade da lei benéfica) e processual penal (aplicação imediata, sem possibilidade de retroagir) a doutrina, especialmente Fernando da Costa Tourinho Filho, Aury Lopes Jr. e Eugênio Pacelli de Oliveira[329], fazem a seguinte classificação das normas: a) leis penais puras; b) leis processuais puras; c) leis mistas.

A classificação é importante, pois, conforme lição de Manzini, o fato de uma lei estar inserida no Código de Processo Penal ou no Código Penal não é suficiente para classificá-la como norma de direito processual ou de direito material.[330]

Assim, as leis penais puras são aquelas responsáveis por definir as condutas tidas como criminosas, disciplinando o *jus puniendi estatal*. Elas estabelecem a tipificação dos crimes, as penas aplicáveis e as formas de execução da pena. As leis penais são regidas pelos princípios de retroatividade para leis mais favoráveis ao réu e de irretroatividade para leis que agravam a situação do réu.[331]

A lei processual penal pura disciplina a condução do processo judicial. A norma processual penal pura, portanto, regula desde o início até encerramento do processo, e compreende as práticas e procedimentos legais, como exemplo: as provas periciais,

testemunhais e a maneira como os procedimentos judiciais devem ser efetivados. [332]

Tais normas são aplicadas imediatamente, assim que entram em vigor, sem possibilidade de retroagir (ainda que a lei processual nova seja mais benéfica, como por exemplo: aumentando o prazo para a apresentar um recurso, se o prazo já terminou, aquele ato é finalizado, sendo impossível que a lei nova, a qual entrou em vigor após a finalização do ato – não do processo –, possa retroagir) e independentemente de serem mais severas ou benéficas em relação ao acusado.

Portanto, se durante um processo penal uma nova lei processual entrar em vigor, alterando o número de peritos oficiais necessários para uma perícia de dois para três, a aplicabilidade da lei depende do estágio do processo. Se a perícia ainda não foi realizada, a nova lei com três peritos deve ser seguida. Entretanto, se a perícia já ocorreu sob a lei antecedente, a realização continua válida e a nova legislação não retroage. [333]

A nova lei processual tem efeito imediato e se aplica a processos em andamento, mas não retroage para atingir atos processuais já consumados sob legislação prévia. Assim, prazos iniciados antes da nova lei seguem a ser contados de acordo com a lei anterior.

Por derradeiro, as leis mistas, como é possível inferir da denominação, tais leis possuem natureza de direito penal e processual penal. Assim, a norma mista, "*(processual material ou híbrida)* – [...] é a que possui conteúdo duplo, ou seja, tanto matéria de direito processual penal quanto matéria de direito penal material".[334] Sobre o tema, ilustrativa a lição de Renato Marcão a seguir transcrita:

> *Muito embora a representação seja instituto de natureza processual penal, porquanto condição de procedibilidade ou perseguibilidade nas hipóteses em que a lei exige essa*

> *manifestação positiva de vontade, sua ausência tem consequência de natureza penal, visto que termina por acarretar a extinção da punibilidade em razão da decadência (CPP, art. 38; CP, art. 107, IV). Inegável, portanto, a natureza mista da norma que tratar a respeito, daí incidir, in casu, os princípios da ultra-atividade e da retroatividade benéfica (CF, art. 5º, XL).*[335]

Outros "autores chamam de normas mistas com prevalentes caracteres penais", como é o caso de Fernando da C. Tourinho Filho, tendo em vista que regulam "um ato realizado no processo, mas que diz respeito ao poder punitivo e à extinção da punibilidade. Exemplo: as normas que regulam a representação, ação penal, queixa-crime, perdão, renúncia, perempção etc". [336]

De acordo com o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, se um crime inicialmente sujeito a uma ação penal pública incondicionada passar a requerer representação da vítima para ser processado, o juiz deve permitir que a vítima se manifeste, caso contrário, o direito de punir do Estado se extingue. Isso ocorreu com a Lei nº 9.099/95 nas infrações de lesões corporais leves e culposas. Processos pendentes foram reenviados para que as vítimas pudessem representar e, sem essa representação, a punibilidade seria extinta. Inversamente, se a lei exigia ação penal privada no momento do crime e depois muda para pública incondicionada, a ação permanecerá privada para beneficiar o réu, seguindo a ultratividade da lei mais benigna.

7.1.1 Análise da retroatividade e irretroatividade da lei processual penal

Assim, a norma puramente processual não retroage, ou seja, "não alcança os atos já praticados sob a égide da lei processual antiga, revogada. Presta-se, validamente, para regular o presente e o futuro. Alcança, em regra, apenas os atos processuais pendentes de realização"[337], levando-se em consideração o início vigência da

norma processual penal. Trata-se, portanto, do princípio da irretroatividade da lei processual penal.

Configurando-se, no entanto, norma mista, ou seja, "se a norma, ainda que de natureza processual, exprime garantia ou direito constitucionalmente assegurado ao suposto infrator da lei penal, a regra de direito intertemporal" seguirá a regra aplicada a todas as normas penais materiais, ou seja, a da "anterioridade da lei, vedada a retroatividade da *lex gravior*".[338]

Sobre o tema, questão polêmica foi apresentada por Aury Lopes Jr. a partir da alteração na legislação brasileira acerca do crime de estelionato, inserida pela Lei nº 13.964/2019. Antes da alteração legislativa, o estelionato era tratado como um crime de ação penal pública incondicionada, o que significava que o Ministério Público poderia processar o autor do fato criminoso sem a necessidade de autorização vítima.[339]

Com a inovação legislativa, o estelionato passou a ser, na maioria dos casos, um crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima. Em tais hipóteses, a nova lei é mais favorável ao réu e deveria ser aplicada retroativamente. No caso de não haver representação da vítima dentro de 30 dias após sua intimação, em processos anteriores, deverá ser extinto.[340]

No entanto, não há unanimidade nesse entendimento. Em julgamento proferido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no HC n. 187.341, julgado em 13/10/2020. A Turma, seguindo o voto do Ministro Alexandre de Moraes, compreendeu que a nova regra do crime de estelionato não possui efeito retroativo. Isso expressa que a nova regra não se aplica aos casos em que a ação penal já havia sido iniciada antes da entrada em vigor da Lei n, 13.964/2019. Esta decisão do STF contraria a doutrina e jurisprudência anterior que favorecia a retroatividade de leis

processuais mistas mais benignas.[341] A 1ª Turma aplica esse entendimento, veja:

> *Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Estelionato. Retroatividade do art. 171, § 5º, do código penal (lei nº 13.964/2019). 1. É inaplicável a retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal às hipóteses em que o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 202831 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11-11-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2022 PUBLIC 10-03-2022)*

Contudo, em decisão proferida pelo Tribunal Pleno, por maioria dos votos, foi concedida ordem de HC com base na retroatividade de norma mista mais benéfica ao réu, veja a ementa:

> *HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. RETROATIVIDADE DO § 5º DO ART. 171, INCLUÍDO NO CÓDIGO PENAL PELA LEI N. 13.964/2019. ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL PARA O CRIME DE ESTELIONATO COMUM. INCLUSÃO DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NORMA DE NATUREZA HÍBRIDA. RETROAÇÃO EM BENEFÍCIO DO ACUSADO. MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. INC. XL DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA VÍTIMA PARA PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. (HC 208817 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13-04-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)*

7.2 Eficácia da norma processual penal no espaço

No que diz respeito ao direito material, explica Edilson Mougenot Bonfim, que tanto as normas penais, quanto as de outras disciplinas, nacionais, ou seja, as leis brasileiras podem ser aplicadas no estrangeiro.

Isso se ocorre em razão de princípios de direito internacional, dedicados "à determinação da lei aplicável em face dos fatos que lancem efeitos sobre as ordens jurídicas de mais de um Estado, preveem casos em que as normas que disciplinarão esses fatos, ainda que julgados no país, serão" unicamente aquelas originadas em um Estado estrangeiro.[342]

Assim é a hipótese prevista no art. 7º do CP, o qual dispõe que será eficaz em território estrangeiro "a lei penal brasileira nos casos de crimes cometidos contra a vida ou a liberdade do Presidente da República (Código Penal, art. 7º, I, a)" ou cometido em face do patrimônio ou a fé pública da Administração Pública (CP, art. 7º, I, b e c), assim como nos casos de crime de genocídio (CP, art. 7º, I, d), trata-se do princípio extraterritorialidade da lei penal.[343] Ilustrativa é a decisão abaixo colacionada:

> *(...) a existência de obstáculo à extradição da ora paciente, por efeito de sua nacionalidade brasileira originária, não compromete a possibilidade, seja com fundamento no art. 7o, II, b, do CP brasileiro, seja com apoio no Artigo IV, n. 1, do Tratado de Extradição Brasil/Portugal, de aplicar-se, a fatos delituosos alegadamente cometidos no exterior, a cláusula da extraterritorialidade da lei penal brasileira (extraterritorialidade condicionada, no caso, à observância dos requisitos fixados no art. 7o, § 2o, do CP brasileiro), hipótese em que a competência penal, para os fins referidos, será do órgão judiciário brasileiro a que alude o art. 88 do nosso CPP, nos termos expostos, com insuperável clareza, pelo eminente professor Carlos Frederico Coelho Nogueira ('Comentários ao Código de Processo Penal', vol. 1/1.047, item n. 278, 2002, Edipro): 'O art. 88 do CPP soluciona o problema da competência nos casos em que é aplicável a lei penal brasileira a crimes perpetrados no Exterior (...). Essas regras devem ser conjugadas com as que estabelecem a competência material das diversas justiças em que se divide o Poder Judiciário brasileiro. Assim sendo, se o crime for de competência da Justiça Federal (art. 109 da CF), competente será qualquer das varas criminais federais situadas na seção ou subseção judiciária à qual pertencer a capital do Estado em que por último tiver residido o acusado. Se nunca tiver residido no Brasil, competente será qualquer das varas criminais federais existentes em Brasília. A distribuição (art. 75 do CPP) determinará a competência em havendo mais de uma vara criminal federal na mesma seção ou subseção judiciária. Tratando-se de delito de competência da Justiça comum local, o foro será o de qualquer das varas criminais estaduais da capital do Estado em que residiu o acusado ou qualquer das varas criminais locais da Justiça do Distrito Federal. Havendo mais de uma, a distribuição (art. 75 do CPP) firmará a competência.' (...) Cabe assinalar que esse entendimento -- que tem o prestigioso apoio de Miguel Reale Junior ('Instituições de Direito Penal', p. 112, item n. 7.4, 2002, Forense) -- reflete-se na jurisprudência que o STF firmou no exame dessa específica questão (RT 474/382, Rel. Min. Djaci Falcão, Pleno)." (**HC 83.113-QO**, voto do rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 26-6-2003, Plenário, DJ de 29-8-2003.) **Vide**: **HC 105.461**, rel. min. **Marco Aurélio**, julgamento em 29-3-2016, Primeira Turma, DJE de 2-8-2016.)*

Todavia, conforme ensina Mougenot[344], o direito processual está intimamente associado ao território do Estado que o produziu, dada

sua função central de instrumentalizar o exercício da soberania estatal por meio da jurisdição. De fato, este ramo do direito estabelece um arcabouço normativo que efetiva a operacionalização da jurisdição, uma das faces do poder estatal. Esclarece Carnelutti, "o processo está disciplinado pelas normas do Estado a que pertence o órgão judiciário que o dirige".[345]

Esse entendimento é expresso no art. 1.º do CPP, que em seu artigo de abertura proclama: "O processo penal reger-se-á, em todo território brasileiro, por este Código". Diferentemente do direito material, que existe a regra da extraterritorialidade, no que diz respeito à aplicação das normas de direito processual a regra é a territorialidade.

Assim, no que diz respeito à "aplicação das normas processuais no espaço, vige a regra da territorialidade, com aplicação da *lex fori*, segundo o critério *locus regit actum*." No entanto, esclarece Badaró o mencionado anteriormente é "o denominado aspecto positivo da territorialidade, que também possui um aspecto negativo: a exclusão da aplicação da lei processual penal estrangeira em território brasileiro".[346] Sobre o tema, interessante a decisão a seguir transcrita:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO PENAL. CRIME. LAVAGEM DE DINHEIRO. TRANCAMENTO. INCOMPETÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. TERRITORIALIDADE. EXTRATERRITORIALIDADE. CRIME EM TESE COMETIDO EM TERRITÓRIO NACIONAL. CRIME ANTECEDENTE. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL. PREJUÍZO. RECONHECIDO. ENTENDIMENTO INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DESCONSTITUIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] IV - A fixação da competência jurisdicional no direito processual penal deve ser feita com base no conjunto de fatos evidenciados pelos elementos de informação colhidos na fase inquisitorial e pela narrativa formulada na peça acusatória, in statu assertionis, ou seja, à luz das afirmações do órgão acusatório. V - Havendo fundados indícios de que os crimes de lavagem de dinheiro foram, ao menos parcialmente, cometidos em território nacional, consoante a narrativa acusatória, acompanhada de documentação apta, em princípio, a confirmar a tese deduzida, bem como segundo as decisões das instâncias ordinárias,*

não falece competência à autoridade judiciária para processar e julgar o feito, por aplicação das regras do art. 5º, caput, e 6º do CP, impondo-se o prosseguimento da instrução processual para a apuração da responsabilidade criminal do agente. VI - Consoante entendimento já adotado por esta Corte, praticados os crimes antecedentes ao delito de lavagem de dinheiro em prejuízo da Administração Pública brasileira - especificamente, contra o patrimônio da Petrobras -, ainda que porventura os atos de lavagem tenham-se realizado exclusivamente no estrangeiro, subsiste a competência do Poder Judiciário brasileiro para processar e julgar os fatos, a teor do art. 7º, I, "b", do CP. VII - O Brasil comprometeu-se em tratados e convenções internacionais a combater o crime de lavagem de capitais oriundos de crimes de corrupção (Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, incorporada pelo Decreto n. 3.678/2000, e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Decreto n. 5.687/2000). VIII - Desse modo, também se aplica, ao caso, a disposição do art. 7º, II, "a", do CP (crime praticado no estrangeiro que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir), porquanto os crimes imputados efetivamente teriam como delito antecedente atos de corrupção já processados e julgados perante a jurisdição brasileira. [...]
X - A desconstituição do entendimento firmado nas instâncias ordinárias, que admitiram, em princípio, a competência da jurisdição brasileira para o caso, não prescinde de profundo revolvimento dos elementos até o momento colhidos, o que é incompatível com o estreito âmbito de cognição e com a celeridade da ação mandamental. Agravo regimental desprovido. (STJ/AgRg no RHC n. 112.868/PR, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe de 26/11/2019.)

É importante compreender que, mesmo quando da aplicação do princípio da extraterritorialidade no direito penal, absoluto ou relativo, a lei processual penal brasileira é a aplicada. Ou seja, quando uma ação, considerada criminosa pelo Brasil, ocorre no exterior por um não brasileiro contra um bem jurídico brasileiro, como por exemplo, um ataque contra o Presidente da República do Brasil.[347]

Neste contexto, o processo penal correrá em território brasileiro, sob a jurisdição do Estado brasileiro, seguindo o princípio da territorialidade na aplicação do Código de Processo Penal (CPP) do Brasil. Nesse caso, um juiz brasileiro será competente pelo processo, aplicando o CPP para o crime praticado fora do país, mas que é regido pela legislação penal brasileira em razão da sua extraterritorialidade.[348]

Ademais, mesmo quando a justiça brasileira cumpre a uma carta rogatória ou a um pedido de cooperação jurídica internacional, os atos processuais penais executados em solo brasileiro são regulados pela legislação processual brasileira e não pela do Estado requerente. Este mesmo princípio se emprega para os casos de homologação de sentenças estrangeiras e pedidos de extradições. [349]

Contudo, a regra da territorialidade não é absoluta, o próprio CPP aponta exceção da "aplicação da *lex fori*, no caso, a lei brasileira, quando assim o prevejam 'os tratados, as convenções e regras de direito internacional' (CPP, art. 1.º, caput, I)". [350] Nesse sentido, o art. 5º, § 4º, da Constituição Federal, inserido pela EC n. 45/2004, dispõe que "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

Isso quer dizer que, não obstante um fato criminoso ter sido cometido em território brasileiro, existindo relevância para o TPI, o agente que acusado será entregado à jurisdição estrangeira, a salvo quando ele for brasileiro, tendo em vista que o art. 5º, LI, da CF proíbe, "constituindo norma específica em relação ao § 4º".[351]

Outra hipótese de exceção à regra da territorialidade é o Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, promulgado pelo Decreto n. 8.331, de 12/11/2014, o acordo dispõe que:

> *1. O presente Acordo tem por finalidade a assistência jurídica mútua em assuntos penais entre as autoridades competentes dos Estados Partes.*
> *2. As disposições do presente Acordo não conferem direitos aos particulares para a obtenção, supressão ou exclusão de provas, ou para se oporem ao cumprimento de uma solicitação de assistência.*
> *3. Os Estados Partes prestarão assistência mútua, de conformidade com as disposições do presente Acordo, para a investigação de delitos, assim como para a cooperação nos procedimentos judiciais relacionados com assuntos penais.*
> *4. A assistência será prestada mesmo quando as condutas não constituam delitos no Estado requerido, sem prejuízo do previsto nos artigos 22 e 23.*

5. O presente Acordo não faculta às autoridades ou aos particulares do Estado requerente empreender no território do Estado requerido funções que, conforme suas leis internas, estejam reservadas às suas Autoridades, salvo na hipótese prevista no artigo 17, parágrafo 3.
[...]
Artigo 7
Lei Aplicável
1. O processamento das solicitações será regido pela lei do Estado requerido e conforme as disposições do presente Acordo.
2. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais indicados na solicitação, a menos que esses sejam incompatíveis com sua lei interna.

No que diz respeito à possibilidade de extraterritorialidade do Código de Processo Penal, ou seja, da aplicabilidade do CPP fora do território nacional, Guilherme Madeira Dezem[352] esclarece que há duas posições na doutrina sobre o assunto: "a primeira pela admissibilidade e a segunda pela negação".

No caso da admissibilidade, ela será cabível em três hipóteses:[353]

I) em território *nullius* (o território sem dono);

II) em território estrangeiro, com autorização do respectivo Estado;

III) em território inimigo ocupado.

Para a outra vertente doutrinária "não é possível falar-se em extraterritorialidade do CPP brasileiro pois não se consegue conceber como a lei processual penal poderia ser aplicada fora do território nacional"[354], sendo essa a linha adotada por Aury Lopes Júnior.

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.*[355]

Concluindo, a extraterritorialidade da lei penal brasileira permite a aplicação de suas normas penais a delitos cometidos fora do território nacional em situações específicas, como crimes contra a vida ou a liberdade do Presidente da República, entre outros.

Por outro lado, o direito processual penal se mantém adstrito ao princípio da territorialidade, com a aplicação da *lex fori*, salvo exceções decorrentes de tratados, convenções e regras de direito internacional, como os casos previstos no Acordo do Mercosul, no TPI e na cooperação jurídica internacional.

Assim, enquanto a lei material penal pode ter alcance extraterritorial, o CPP é aplicável apenas em território brasileiro, excetuando-se as hipóteses de assistência jurídica mútua internacionalmente acordadas, quando então se observarão as formalidades legais do Estado requerido ou as especificidades do pedido de cooperação.

7.3 A Lei Processual Penal em Relação às Pessoas: Imunidade Processual

Em determinadas situações, algumas pessoas ocupando funções específicas estão isentas dos efeitos imediatos da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário ou, apesar de estarem sujeitas, há regras especiais, notadamente enquanto durar a função específica. Dessa forma, elas são imunes a determinadas normas processuais durante o tempo em que desempenham suas funções.

Assim, o art. 1.º, I, do Código de Processo Penal, ao ressalvar sobre a "aplicação da lei processual penal brasileira as hipóteses em que tratados, convenções e regras de direito internacional

dispuserem em contrário, constitui o fundamento legal das imunidades diplomáticas".[356]

As imunidades diplomáticas são tratadas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (CVRD), aprovada pelo Decreto Legislativo 103/196413, e na Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CVRC), esta aprovada pelo Decreto Legislativo 06/196714. [357]

Diplomatas são funcionários investidos das relações entre seu Estado e outros países ou organismos internacionais, com funções detalhadas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (art. 3º da CVRD). Cônsules, por outro lado, tratam de interesses privados de seus compatriotas e não possuem representação política, atuando apenas dentro de um distrito consular, conforme a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (art. 5º, CVRC). [358]

A partir de tais distinções é possível perceber a razão pela qual diplomatas gozam de amplas imunidades e privilégios, abrangendo imunidade criminal absoluta nos países onde atuam e não podem ser obrigados a testemunhar em juízo. Essa imunidade estende-se a todo o pessoal da embaixada e suas famílias. Em caso de falecimento de um diplomata, sua família mantém a imunidade por um período razoável (art. 39, § 3.º, da CVRD). Empregados particulares de diplomatas não estão cobertos por imunidade, a menos que reconhecidos pelo Estado acreditado (art. 37, § 4.º, da CVRD). A imunidade diplomática pode ser renunciada, mas apenas pelo Estado acreditante.

> *Por meio da CVRD, estatuiu-se que os Chefes de Estado e os representantes de governos estrangeiros ficarão absolutamente excluídos da jurisdição criminal dos países em que exercem suas funções, estendendo-se tal imunidade a todos os agentes diplomáticos, incluindo-se embaixadores, secretários da embaixada, pessoal técnico e administrativo das respectivas representações, seus familiares e funcionários de organismos internacionais quando em serviço (por exemplo, ONU, OEA, OIC etc.). Isto significa que deverão ser processados e julgados no Estado que representam,*

> *desimportando, para tanto, tratar-se o delito praticado de crime ou contravenção (art. 31, §§ 1.º e 4.º da CVRD). Outrossim, não estarão obrigados a comparecer perante qualquer juízo ou tribunal do país acreditado para testemunhar ou prestar informações sobre fato de que tenham conhecimento (art. 31, § 2.º, da CVRD).* [359]

As sedes diplomáticas são invioláveis, não podendo ser objeto de buscas ou apreensões. No entanto, crimes praticados por pessoas sem imunidade dentro dessas sedes estão sujeitos à lei local. Citações e intimações em sedes diplomáticas devem ser realizadas via carta rogatória (arts. 368 e 369 do CPP).

Os agentes consulares possuem imunidade relativa, limitada a atos oficiais no exercício de suas funções. Eles podem ser sujeitos a prisão preventiva em casos de crimes graves e podem ser chamados a depor como testemunhas, diferentemente dos agentes diplomáticos. O Estado acreditante pode renunciar às imunidades consulares relativas à prisão preventiva, jurisdição penal e obrigação de depor.

> *Não é outro o sentido do art. 43 da CVRC, ao dispor que não estão eles sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor pelos atos realizados no exercício das funções consulares. Veja-se que, nos termos da própria CVRC, é funcionário consular toda pessoa, inclusive o chefe da repartição consular, encarregada nesta qualidade do exercício de funções consulares (art. 1.º, 1, d). Além do mais, outras garantias existem e, muito embora vigorem na sua plenitude em relação aos agentes diplomáticos, são flexibilizadas quanto aos membros das repartições consulares. É o que acontece, por exemplo, quanto à decretação da prisão preventiva. Muito embora estabeleça o art. 41 da CVRC que os funcionários consulares não poderão ser presos ou detidos, essa mesma norma ressalva da proibição a hipótese de crime grave e em decorrência de decisão da autoridade judiciária competente. Outro aspecto a ser considerado refere-se à possibilidade de serem chamados para depor como testemunhas. Embora com algumas condicionantes, não ficam os membros das repartições consulares absolutamente dispensados desse chamamento, divergindo, neste sentido, dos agentes diplomáticos (art. 44 da CVRC). Sinale-se que, apesar de se diferenciarem, em vários aspectos, os regramentos incorporados à CVRC daqueles inseridos à CVRD, há pontos em que as normatizações inseridas a estas convenções coincidem. Como exemplo, a possibilidade de renúncia à imunidade: assim como o Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição dos agentes diplomáticos, também o Estado que envia pode renunciar, relativamente aos membros das repartições consulares, às imunidades previstas nos arts. 41, 43 e 44 da CVRC, que se referem às restrições acerca da prisão preventiva, da jurisdição penal brasileira e da obrigação de depor.* [360]

Os diplomatas, em consonância com a Convenção de Viena, têm imunidade penal e não são obrigados a testemunhar, refletindo a soberania estatal e a não submissão ao poder jurisdicional do país onde estão exercendo sua função.

Ainda no âmbito das imunidades, tem-se as imunidades parlamentares. Trata-se de garantia aos parlamentares e chefe do poder executivo de ter a liberdade de exercer suas funções. Assim, tem-se duas imunidades, a saber: a) imunidade material, também denominada imunidade penal, absoluta ou inviolabilidade; b) imunidade processual, formal ou relativa.

Nesse sentido, encontra-se o Presidente da República, o qual está protegido contra prisão por delitos comuns, ou seja, aqueles que não estão relacionados ao exercício de sua função, durante a vigência de seu mandato, exceto após uma condenação transitada em julgado, conforme disposição contida no art. 86, § 3º, da Constituição Federal.

Também, o Presidente da República não é passível de responsabilização por atos não relacionados ao exercício de suas funções enquanto estiver no mandato art. 86, § 4º, da CF: “O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”, trata-se da imunidade temporária.

Quanto aos parlamentares federais, ou seja, os deputados federais e senadores, eles possuem imunidade civil e penal por suas opiniões, palavras e votos (imunidade material), conforme disposto no art. 53 da Constituição Federal. A imunidade material se estende mesmo após o término do mandato, protegendo-os contra responsabilização penal ou civil por atos realizados durante o mandato.

Todavia, a imunidade material não se estende a parlamentares licenciados para outros cargos na Administração Pública, a suplentes que não estejam no exercício da função ou a coautores não parlamentares. Ademais, é irrenunciável, pois busca proteger o regime representativo e não a pessoa que ocupa a função. [361]

A imunidade material não se aplica a prefeitos, governadores e ao Presidente da República, que podem ser responsabilizados por suas manifestações, respeitando as imunidades processuais aplicáveis e as regras legais e constitucionais.

Há debate na doutrina sobre a distinção entre inviolabilidade e imunidade. Alguns tratam ambos os termos como sinônimos, enquanto Hely Lopes Meirelles[362] diferencia-os, associando a inviolabilidade à proteção contra a criminalização de condutas parlamentares relacionadas a opiniões, palavras e votos, e a imunidade como um obstáculo ao processamento judicial do parlamentar. Outra corrente divide a imunidade em material (semelhante à inviolabilidade de Meirelles) e formal, que impede o processamento do parlamentar.[363]

Importante ressaltar que a inviolabilidade não é uma questão processual, mas sim material. Deputados e senadores têm o privilégio de não testemunhar sobre informações recebidas ou transmitidas em função do mandato (art. 53, § 6º, da CF), e só podem ser presos em flagrante delito por crimes inafiançáveis (art. 53, § 2º, da CF). Além disso, o processo contra eles pode ser suspenso pela casa legislativa a que pertençam até o fim do mandato, suspendendo também o prazo prescricional (art. 53, § 3º e § 5º, da CF).[364]

Assim, as imunidades parlamentares formais incluem a não sujeição à prisão provisória, menos em flagrante por crime

inafiançável, e a prerrogativa de sustação de processos criminais pela respectiva Casa Legislativa. Estas imunidades se aplicam a infrações penais diversas e não se estendem a processos administrativos, disciplinares ou civis. Os parlamentares também não são obrigados a depor sobre informações recebidas ou prestadas em razão do mandato. [365]

Acerca da prisão em flagrante, segue abaixo explicação de Norberto Avena, especialmente diante do entendimento exarado pelo STF:

> *Sem embargo da aparente simplicidade do tema, há um problema a ser resolvido aqui. É que o art. 310, II, do Código de Processo Penal (alterado pela Lei 12.403/2011), exige a conversão do flagrante em preventiva para o fim de permanecer preso o flagrado. Em síntese, a situação de flagrância autoriza a prisão do indivíduo, mas não a manutenção dessa prisão após a homologação do auto de prisão em flagrante pelo Juízo, para o que, repita-se, é necessária a decretação da prisão preventiva, desde que presentes seus pressupostos e fundamentos. Mas, se a teor do art. 53, § 2.º, da Constituição Federal, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, os parlamentares não estão sujeitos a prisão preventiva, como pode ser resolvido o impasse? Há duas possibilidades:*
> *Primeira: não pode a autoridade judiciária converter a prisão em flagrante do parlamentar em prisão preventiva, pois isto implicaria submeter a crivo judicial situação que a Carta Magna determina seja resolvida no âmbito do Poder Legislativo. Segundo esta ótica, em relação ao parlamentar flagrado na prática de crime inafiançável, é suficiente, para que seja mantido preso, o pronunciamento da Casa Legislativa acerca da legalidade do flagrante lavrado, sem a necessidade de conversão do flagrante em prisão preventiva nos termos preconizados pelo citado art. 310, II, do CPP.*
> *Segunda: embora o parlamentar, como regra, não esteja sujeito a sofrer privação da liberdade por força de mandado de prisão preventiva, esta forma de prisão não é vedada se decorrer de conversão da prisão em flagrante, na forma do que estabelece o art. 310, II, do CPP. Neste caso, uma vez decretada a preventiva pelo STF, deverá esta ser comunicada, em 24 horas, à casa legislativa respectiva (Câmara ou Senado), para que a manutenção ou não da custódia seja deliberada pelo voto da maioria de seus membros, conforme destacado no art. 53, § 2.º, da CF. Esta foi a orientação agasalhada pelo STF ao julgar a Ação Cautelar 4.039 (25.11.2015), ajuizada pelo Ministério Público Federal, diante do suposto envolvimento de Senador da República, no exercício do mandato, em associação criminosa formada para embaraçar investigações realizadas no âmbito da operação Lava-Jato da Polícia Federal. Na oportunidade, vislumbrando a ocorrência de crime de caráter permanente – o que autoriza a prisão em flagrante a qualquer tempo – o Ministro Teori Zavascki*

determinou a prisão do Senador, sendo esta referendada pela Segunda Turma do STF. Comunicada a segregação ao Senado, foi mantida a ordem de prisão. [366]

Deputados e senadores também têm foro especial por prerrogativa de função (art. 53, § 1º, da CF). As imunidades concedidas a deputados federais e senadores estendem-se aos deputados estaduais (art. 27, segunda parte, da CF) e, parcialmente, aos vereadores, que gozam apenas de inviolabilidade (art. 29, VIII, da CF), sem as imunidades processuais.

Sobre a prerrogativa de foro, segue abaixo orientação do STF, exarada a partir de 2018:

Ocorre, porém, que, em 03 de maio de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937, embora por maioria de votos, reinterpretou as normas constitucionais e legais que asseguram prerrogativa de função e passou a adotar, em relação aos parlamentares federais (deputados federais e senadores) nova orientação sobre o tema, estabelecendo as seguintes diretrizes que, na atualidade, deverão ser aplicadas:

1.A prerrogativa de função alcança, unicamente, os crimes praticados no exercício do cargo que a confere, devendo-se considerar o momento da diplomação (e não a data da posse, consoante art. 53, § 1.º, da CF) do parlamentar federal como o marco do início do exercício do mandato eletivo. Isto passou a significar que o processo criminal contra alguém, que tramita perante o juiz singular, não será mais encaminhado ao STF pelo fato de o réu ter sido eleito e diplomado deputado federal.

2.A prerrogativa de foro subsiste apenas em relação aos crimes que tenham relação com as funções atinentes ao cargo: imagine-se a hipótese de um deputado federal que, encontrando-se no exercício do mandato, solicita a determinado empreiteiro a quantia de cem mil reais para apresentar uma emenda parlamentar de interesse da empresa gerida pelo citado empreiteiro. Nesta hipótese, dito parlamentar federal faz jus ao foro por prerrogativa de função, devendo ser denunciado junto ao STF. Diferente a situação caso a imputação fosse, por exemplo, de crime de lesão corporal de natureza grave, cometido em razão de um desentendimento de trânsito, caso em que a competência para o processo e julgamento seria do juiz singular.

3.Uma vez finalizada a instrução processual e publicado o despacho de intimação das partes para apresentação de alegações finais, encerra-se a possibilidade de deslocamento da competência para o julgamento: considere-se a hipótese de um senador da república ter sido denunciado perante o STF porque, durante o exercício do mandato, cometeu delito relacionado ao cargo. Imagine-se que, ao término de seu mandato, ainda não tenha chegado ao final o processo criminal. Neste caso, em tese, deve o STF encaminhar ao juiz singular o processo para que lá tenha prosseguimento e seja sentenciado. Não haverá, porém, essa remessa caso, no STF, já tenha sido encerrada a instrução e publicado o despacho de intimação das partes para

manifestação final (a prevista no art. 11 da Lei 8.038/1990), caso em que o processo deverá continuar tramitando na Corte e nela ser julgado.[367]

Norberto Avena também traz à tona a questão acerca da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Assim, quando parlamentares são flagrados perpetrando crimes afiançáveis, não podem ser presos em flagrante, apesar da ocorrência policial poder ser registrada e um inquérito instaurado com permissão do STF. Quanto às medidas cautelares distintas da prisão, duas questões cardeais despontam: a imunidade dos parlamentares a tais medidas e a competência para impô-las. [368]

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 5.526, esclareceu que: 1. O Poder Judiciário tem competência para cominar medidas cautelares diversas da prisão a parlamentares, segundo o art. 319 do Código de Processo Penal (CPP). 2. Se a execução de uma medida cautelar intervir no desempenho regular do mandato parlamentar, a decisão judicial deve ser expedida à Câmara dos Deputados ou ao Senado em 24 horas para deliberação da casa. O parlamento pode então deliberar manter ou não a medida cautelar. [369]

A inviolabilidade parlamentar também bloqueia o prosseguimento de processos penais contra parlamentares por difamação ou injúria praticados durante suas funções, não por uma questão processual, mas pela ausência de crime.

Em epítome, as imunidades atribuídas a diplomatas, cônsules e parlamentares servem como garantias fundamentais para a preservação da independência e soberania dos Estados e da integridade funcional dos representantes eleitos. Tais imunidades são nevrálgicas para manter a ordem internacional e garantir que representantes e diplomatas possam desempenhar suas funções sem interferências indevidas.

328 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50.

329 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2004; PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2008; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

330 MANZINI, Vicenzo. **Tratado de derecho procesal penal t. I**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 108

331 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

332 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

333 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50.

334 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

335 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 58.

336 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50.

337 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 58.

338 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.1

339 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

340 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

341 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

342 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 52

343 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 52

344 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 52

345 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil v.1**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Ed. Classic Books, 2000, p. 114

346 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.6.

347 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.6.

348 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.6.

349 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.6.

350 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.6.

351 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 21.

352 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

353 Dezem esclarece que tais exceções foram apresentadas ao Brasil por Helio Tronaghi a partir de Ernst Belling. DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

354 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

355 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 52.

356 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 51

357 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 51

358 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 51

359 AVENA, Norberto. **Processo pena**l. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 51

360 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 51

361 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 51

362 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 452

363 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 52

364 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 52

365 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 51

366 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 58

367 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 62

368 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

369 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

8 DA FASE DE INVESTIGAÇÃO E DO INQUÉRITO POLICIAL

A fase de investigação ou investigação preliminar não se revela somente no inquérito policial, embora seja o mais comum. De fato, ela consiste em diversos procedimentos destinados a apurar infrações penais e identificar seus autores.

Assim, existem várias modalidades de investigação preliminar que podem ocorrer concomitantemente, como as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), investigações conduzidas pelo Ministério Público, termos circunstanciados elaborados nos Juizados Especiais Criminais, atividades do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e o inquérito policial.[370]

Cada qual possui um objetivo específico e não são mutuamente exclusivas ou excludentes. No entanto, certas ações investigativas, como medidas cautelares pessoais e a obtenção de provas que exigem invasão de privacidade, necessitam de autorização judicial, respeitando a reserva de jurisdição e os direitos fundamentais do investigado, os quais só podem ser mitigados por meio de ordem judicial.

8.1 Investigações Preliminares Distintas do Inquérito Policial

A mais conhecida delas, especialmente pela ampla divulgação televisiva, a depender do tema investigado é a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). É prevista no artigo 58, § 3º, da Constituição Federal e, na Lei 1.579/52, assim como, pela jurisprudência do STF. Dispõe o art. 58, § 3º, da CF: [371]

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Dispõe os arts. 1º e 2º da Lei 1.579/52:

Art. 1º As Comissões Parlamentares de Inquérito, criadas na forma do Artigo 53 da Constituição Federal, terão ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem à sua formação.
Parágrafo único. A criação de Comissão Parlamentar de Inquérito dependerá de deliberação plenária, se não for determinada pelo têrço da totalidade dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado.
Art. 2º No exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar as diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença.

Ainda sobre as CPIs, o STF já decidiu que a instauração da comissão não pode ser obstada pela maioria legislativa, se configurando "direito das minorias políticas", veja ementa:

Direito Constitucional. Mandado de Segurança. Medida cautelar. Instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito. Direito das minorias políticas. Atos do Governo Federal para enfrentamento da pandemia da Covid-19. 1. Mandado de segurança impetrado por senadores da República com o objetivo de que seja determinada a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para "apurar as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da Covid-19 no Brasil e, em especial, no agravamento da crise sanitária no Amazonas com a ausência de oxigênio para os pacientes internados". O requerimento de CPI foi subscrito por 30 (trinta) membros do Senado Federal. 2. A criação de comissões parlamentares de inquérito é prerrogativa político-jurídica das minorias parlamentares, a quem a Constituição assegura os instrumentos necessários ao exercício do direito de oposição e à fiscalização dos poderes constituídos, como decorrência da cláusula do Estado Democrático de Direito. 3. De acordo com consistente linha de precedentes do STF, a instauração do inquérito parlamentar depende, unicamente, do preenchimento dos três requisitos previstos no art. 58, § 3º, da Constituição: (i) o requerimento de um terço dos membros das casas legislativas; (ii) a indicação de fato determinado a ser apurado; e (iii) a definição de prazo certo para sua duração. Atendidas as exigências constitucionais, impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, cuja instalação não pode ser obstada pela vontade da maioria parlamentar ou dos órgãos

diretivos das casas legislativas. Precedentes: MS 24.831 e 24.849, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22.06.2005; ADI 3.619, Rel. Min. Eros Grau, j. em 01.08.2006; MS 26.441, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.04.2007. 4. As razões apresentadas pela ilustre autoridade coatora, embora tenham merecido atenta consideração, seguem uma lógica estritamente política que, no caso em exame, não pode prevalecer. Trata-se, no particular, de matéria disposta vinculativamente pela Constituição, sem margem para o exercício de valoração discricionária. 5. Perigo na demora decorrente da urgência na apuração de fatos que podem ter agravado a pior crise sanitária dos últimos tempos, e que se encontra, atualmente, em seu pior momento. 6. Medida liminar referendada, para determinar a adoção das providências necessárias à criação e instalação de comissão parlamentar de inquérito, na forma do Requerimento SF/21139.59425-24. (MS 37760 MC-Ref, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 14-04-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 06-08-2021 PUBLIC 09-08-2021)

Acerca dos poderes da CPI, o STF já delimitou que a comissão possui poderes instrutórios típicos dos juízes, senão veja:

*[...] As **Comissões Parlamentares de Inquérito**, em **regra**, terão os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário, seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política ou de aumentar o prestigio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vida privadas. (HC 232842 MC-Ref, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 22-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 06-10-2023 PUBLIC 09-10-2023)*

De acordo com a lição de Guilherme Madeira Dezem, seguindo o entendimento do STF, os poderes instrutórios das CPIs se apresentam nas possibilidades de:

a) Quebrar sigilo bancário, fiscal e de dados (inclusive dados telefônicos);

b) Requisitar informações e documentos sigilosos diretamente às instituições financeiras ou através do Banco Central ou Comissão de Valores Mobiliários, desde que previamente aprovada a requisição pelo Plenário da CD, do Senado Federal ou de suas respectivas CPIs;

c) Ouvir testemunhas, sob pena de condução coercitiva;

d) Ouvir investigados ou indiciados.[372]

Apesar do entendimento do STF, qual seja, de que as CPIs possuem os mesmos poderes instrutórios dos magistrados houve limitação de tais podres no julgamento do MS 23.452/RJ, especialmente diante do entendimento que o controle dos atos da comissão pelo STF "não ofende o princípio da separação dos poderes", veja:

> *[...] O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. [...] (MS 23452, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16-09-1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)*

A partir desse julgamento restou delimitado os poderes da CPIs, assim, a comissão não pode:

a) Determinar a indisponibilidade de bens do investigado;

b) Decretar a prisão preventiva (mas pode decretar prisão só em flagrante);

c) Determinar interceptação telefônica;

d) Determinar o afastamento de cargo ou função pública durante a investigação; e

e) Decretar busca e apreensão domiciliar de documentos. [373]

Outra investigação preliminar, distinta do inquérito policial previsto no CPP, é a investigação preliminar dirigida pelo Ministério Público (MP), a qual é, ainda, uma questão controversa. Atualmente, a investigação preliminar pelo MP está regulamentada pelo

Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução n. 181, de 07/08/2017.

Guilherme Madeira Dezem esclarece que existem duas correntes principais acerca da possibilidade de investigação pelo MP: a primeira defende que o MP não tem o poder de investigar, fundamentando-se no artigo 144, § 1º, IV, da Constituição Federal, a qual atribuiria exclusividade à Polícia Judiciária para investigações, além disso ocorreria a violação do sistema acusatório, pois o MP, sendo parte acusadora, não teria a mesma imparcialidade que a polícia judiciária. A segunda corrente entende que o MP pode investigar com fundamento na Lei n. 8.625/1993, na LC n. 75/1993 e na teoria dos poderes implícitos, a qual dispõe que a atribuição constitucional de uma função implica a concessão dos meios necessários para cumpri-la, ou seja, para exercitá-lo eficientemente.[374]

O entendimento acerca da possibilidade de investigação pelo MP foi consolidado após decisão do STF em julgamento realizado em 18/05/2015, no RE 593.727/MG, veja:

> *[...] Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados.*

Outra forma de investigação preliminar é o Termo Circunstanciado de Ocorrência para crimes de competência do Juizado Especial Criminal[375]. O JECRIM tem a competência de resolver casos cujas infrações são de menor potencial ofensivo, sendo assim consideradas aquelas definidas pela Lei 9.099/1995

como crimes com pena máxima de até 2 anos e todas as contravenções penais.

Ao contrário do processo ordinário, sumário, crimes de competência do Tribunal do Júri, o JECRIM não se utiliza do inquérito policial para investigação preliminar, mas do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), que é um procedimento simplificado para registrar a ocorrência, conduzido pela autoridade policial, que depois o encaminha ao Juizado juntamente com o autor e a vítima, além de poder solicitar os exames periciais que se fizerem necessários (Lei n. 9.099/95, art. 69, *caput*).

Em hipóteses excepcionais, "admite-se instauração de inquérito policial para apuração de infração penal de menor potencial ofensivo, até porque, conforme se extrai do art. 77, § 1º, da Lei n. 9.099/95", em crimes de competência dos "Juizados Especiais Criminais o inquérito policial é dispensável, mas não proibido".[376]

No caso de delitos cometidos por parlamentares, tendo em vista as imunidades parlamentares e processuais já discutidas, a investigação preliminar deve ser realizada pelo MPF (Ministério Público Federal).

Deputados federais e Senadores estão sujeitos ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desde a emissão do diploma. Assim, a Polícia Federal não pode iniciar inquéritos contra parlamentares ou o Presidente da República sem a condução pelo MPF e a supervisão do Ministro-Relator do STF (CF, art. 102, I, b c/c Lei n. 8.038/90, art. 2º e Regimento Interno/STF, arts. 230 a 234). [377]

No entanto, a imunidade parlamentar processual não se estende a corréus sem a prerrogativa de função. O STF e o Superior Tribunal de Justiça decidiram que o foro por prerrogativa de função se aplica somente a crimes cometidos durante o mandato e relacionados às funções do cargo (Súmula 245 do STF). Além disso, a Súmula 397 do

STF institui que em caso de crime nas dependências do Congresso, o poder de polícia inclui a prisão em flagrante e a realização do inquérito. [378]

Outra forma de investigação preliminar é o Inquérito Civil, o qual é conduzido por um Promotor de Justiça, de acordo com o previsto na Lei n. 7.347/1985. Durante a investigação, o promotor pode requerer documentos, informações, exames ou perícias de órgãos públicos ou privados, com um prazo mínimo de 10 dias úteis. [379]

Se findadas as diligências, o promotor concluir que não há motivos para iniciar uma ação civil, provocará o arquivamento do inquérito ou das peças informativas, justificando sua decisão. Os documentos arquivados devem ser enviados ao Conselho Superior do Ministério Público dentro de três dias, sob pena de praticar falta grave.[380]

Outro meio de investigação preliminar, sendo considerada inovação, é a investigação defensiva. No direito brasileiro, passou a ter relevância no ano de 2018, com a publicação do Provimento n. 188/2018, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF/OAB), que regulamentou o exercício desta prerrogativa profissional do advogado, a fim de que o advogado pudesse realizar diligências investigatórias para colher elementos em instrução de procedimentos administrativos e judiciais.

A investigação defensiva, comum em alguns países, portanto, é uma forma de investigação privada realizada pela defesa do acusado. Não se trata apenas a participação do imputado na investigação, mas uma atuação mais ampla, incluindo o auxílio de assistentes técnicos e apartada da investigação pública. [381]

De fato, esse tipo de investigação é comum no Direito Norte-Americano e Italiano, países que possuem contornos legais

distintos. Na Itália, foi introduzida pela Lei n. 397/2000, a investigação defensiva pode ocorrer em qualquer fase do processo penal e autoriza ao defensor ouvir testemunhas, incluindo investigados pelo mesmo crime, com ressalvas para pessoas presas ou menores. As testemunhas não são obrigadas a prestar declarações ao advogado, que deve informar sobre vários aspectos legais durante as entrevistas. Dependendo da situação, o advogado pode decidir não incluir os dados colhidos na investigação oficial ou, se incluídos, não podem ser retirados. Além disso, a "Teoria da Canalização" defende que toda investigação defensiva seja apresentada às autoridades, mas não há obrigação legal para isso, de maneira especial em investigações corporativas no âmbito penal. [382]

No Brasil, conforme já mencionado, no Artigo 1º, o Provimento nº 188/2018 conceitua a investigação defensiva como:

> *[...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para tutela de direito de seu constituinte".*

Assim, é considerada uma espécie do gênero "investigação preliminar", pode ser executada em qualquer fase da persecução penal: pré-processual, na fase de instrução penal, ou seja, fase processual, na fase recursal, na execução penal ou como meio que possibilite a revisão criminal, e pode ser perpetrada de distantes maneiras.

A investigação defensiva, nesse sentido, funciona como uma ferramenta de garantia dos direitos fundamentais das pessoas, servindo como fundamento para que outras áreas jurídicas possam realizar a mesma função.

8.3 Fundamento de Existência e Natureza Jurídica do Inquérito Policial

Conforme já explicado, a investigação preliminar ocorre antes do processo penal e fornece elementos mínimos de autoria e materialidade dos crimes, elementos sem os quais inexistiria justa causa para o início da ação penal. A investigação preliminar é o gênero, do qual existem várias espécies, como o inquérito policial, comissões parlamentares de inquérito e sindicâncias, em direito administrativo.

O inquérito policial é realizado por órgãos estatais, especificamente a polícia[383] judiciária. Sobre os tipos de polícias existentes no Brasil, esclarece Guilherme Madeira Dezem[384] que há dois tipos de funções exercidas pelas polícias brasileiras: a) Polícia administrativa: Tem um caráter preventivo, com o objetivo de evitar a prática de infrações penais. Ela tem como objetivo garantir a ordem pública e a pacificação social, sendo uma função primordial da Polícia Militar, que realiza rondas constantes nas cidades para prevenir crimes; b) Polícia judiciária: Atua de maneira reativa e repressiva, entrando em ação após a ocorrência de um crime. Sua função é investigar o crime, coletar evidências e informações necessárias para elucidar o crime e fornecer indícios suficientes de autoria e materialidade para permitir a acusação, é o caso da Polícia Civil e da Polícia Federal.

Assim, o Inquérito Policial é um procedimento de investigação preliminar perpetrado pela polícia judiciária, realizado em fase pré-processual. Essa fase começa com uma notícia-crime e tem caráter preparatório. Seu objetivo é investigar a autoria e as circunstâncias de um fato que parece ser um delito, para determinar se é necessário iniciar um processo penal, por meio do oferecimento da denúncia ou da queixa-crime.

A partir de tais noções introdutórias, Aury Lopes Jr. apresenta importantes questionamentos que delineiam o fundamento de existência do IP, veja: "qual é o fundamento da existência da investigação preliminar? Por que precisamos ter um inquérito policial prévio ao processo?"[385] Apresentando as respostas a seguir transcritas:

> *a) Busca do fato oculto: o crime, na maior parte dos casos, é total ou parcialmente oculto e precisa ser investigado para atingir-se elementos suficientes de autoria e materialidade (fumus commissi delicti) para oferecimento da acusação ou justificação do pedido de arquivamento.*
>
> *b) Função simbólica: a visibilidade da atuação estatal investigatória contribui, no plano simbólico, para o restabelecimento da normalidade social abalada pelo crime, afastando o sentimento de impunidade.*
>
> *c) Filtro processual: a investigação preliminar serve como filtro processual para evitar acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não é aparentemente criminosa. O processo penal é uma pena em si mesmo, pois não é possível processar sem punir e tampouco punir sem processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica (etiquetamento) e sofrimento psíquico. Daí a necessidade de uma investigação preliminar para evitar processos sem suficiente fumus commissi delicti.*[386]

Assim, a investigação preliminar é essencial no sistema jurídico como um meio de descobrir detalhes ocultos de um crime e reunir evidências necessárias para fundamentar uma acusação, para justificar o arquivamento ou um Acordo de Não Persecução Penal.

Além de sua função prática, possui um papel simbólico importante: a atuação do Estado na investigação de crimes ajuda a

restaurar a confiança da sociedade na justiça e a dissipar a sensação de impunidade. Funciona também como um filtro vital no processo penal, impedindo que indivíduos sejam indevidamente sujeitos a processos judiciais e ao estigma social e psicológico que podem advir de acusações infundadas, garantindo assim que apenas casos com substancial evidência de crime sejam levados adiante.

No que diz respeito à natureza jurídica do inquérito policial, "vem determinada pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual". [387] Outros autores, como Norberto Avena prefere mencionar apenas como "natureza administrativa, na medida em que instaurado pela autoridade policial".[388]

Conforme é possível denotar atividade do IP "carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual", até mesmo em razão de não possuir "a estrutura dialética do processo".[389]

Assim, trata-se de um procedimento inquisitorial, ou seja, não prevê o contraditório e ampla defesa, destinado a angariar informações necessárias à elucidação de crimes e, de acordo com o entendimento de Noberto Avena "[...] não afeta essa natureza inquisitiva a modificação determinada pela Lei 13.245/2016 ao Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994), que passou a estabelecer, no seu art. 7.º, inciso XXI, como direito do Advogado":[390]

> *[...] assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente [...].*

O inquérito não se limita apenas à esfera policial; a legislação vigente permite que outras autoridades administrativas com

competência legal também realizem investigações. Por exemplo, autoridades administrativas podem conduzir sindicâncias e processos administrativos em casos envolvendo funcionários públicos, podendo resultar em uma denúncia pelo Ministério Público.[391]

Em casos militares, o inquérito policial militar é realizado e, se determinado que o fato não constitui crime militar, os autos são enviados ao Ministério Público. Além disso, membros do Poder Legislativo podem investigar através das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), cujas conclusões, se indicarem um crime, são encaminhadas ao Ministério Público.[392]

O foco aqui, porém, é no inquérito policial conduzido pela polícia judiciária, que tem autonomia em sua execução mas necessita da intervenção judicial para medidas que restringem direitos fundamentais. A polícia brasileira atua tanto na investigação preliminar, feita pela Polícia Civil e Federal, quanto na prevenção de crimes, realizada pelas Polícias Militares estaduais. O Ministério Público tem a prerrogativa de solicitar a abertura e acompanhar o inquérito policial, embora seu papel não seja de liderança, mas de supervisão e requisição de diligências. O Ministério Público, com o endosso do STF, pode realizar suas próprias investigações criminais, respeitando as normas e garantias legais do investigado.[393]

O Supremo Tribunal Federal (STF), em uma decisão significativa no dia 23, determinou que os tribunais devem implementar a figura do juiz das garantias dentro de dois anos, conforme a Lei nº 13.964/19. Esta decisão permite aos tribunais maior autonomia na organização dos juízos de garantia, visando não prejudicar as ações penais em curso e não sobrecarregar juízes em comarcas isoladas.

O STF interpretou o artigo 3º-A do Código de Processo Penal (CPP) conforme a Constituição, permitindo ao juiz realizar

diligências suplementares para esclarecer dúvidas relevantes. Contudo, conservou o artigo 156 do CPP, limitando os efeitos do novo artigo introduzido pela Lei nº 13.964/19 e reafirmando a estrutura acusatória do processo penal e a proibição da atuação do juiz na fase investigatória.

A corte suprema decidiu pela obrigatoriedade de implementar o juiz das garantias em todos os tribunais dentro de 12 meses, com a possibilidade de uma única prorrogação de igual período. Além disso, confirmou a legalidade do controle judicial sobre atos de investigação e estabeleceu um prazo de 90 dias para encaminhar procedimentos investigatórios aos juízes naturais.

Um aspecto notável é a interpretação dos artigos 3º-B, VI e VII do CPP, permitindo ao juiz prorrogar ou substituir medidas cautelares e decidir sobre a produção antecipada de provas urgentes, respeitando o contraditório. O juiz da instrução, e não o juiz das garantias, será responsável por receber denúncias ou queixas, com a competência do juiz das garantias terminando com o oferecimento da acusação.[394]

A Suprema Corte também revisou a proibição absoluta de videoconferências em audiências presididas pelo juiz das garantias, permitindo-as em casos excepcionais. Ademais, declarou a inconstitucionalidade da limitação de prorrogação do inquérito policial de investigados presos há mais de 15 dias.

O juiz das garantias não se aplica a processos de competência originária dos tribunais, júri popular, violência doméstica e Juizados Especiais Criminais, mas se aplica aos processos da Justiça Eleitoral. O STF também declarou a inconstitucionalidade de várias disposições da Lei nº 13.964/19 e alterou a interpretação do artigo 28 do CPP, transferindo a decisão sobre o arquivamento de inquéritos do Ministério Público para o juiz da instrução. [395]

Por fim, a Corte confirmou a constitucionalidade do acordo de não persecução penal e declarou a inconstitucionalidade de parte do artigo 157 do CPP. A manutenção do juiz das garantias é vista como um avanço civilizatório para o processo penal, aumentando a imparcialidade na prestação jurisdicional, especialmente em casos de maior publicidade. [396]

8.3.1 Funções preparatórias e preservadora do Inquérito Policial

Atenção deve ser dada à evolução do papel do inquérito policial, que além de sua função preparatória tradicional para permitir a instauração da ação penal, alguns estudiosos veem também uma função preservadora, que busca prevenir acusações infundadas. Essa compreensão, divergente da concepção unidirecional clássica da investigação criminal, é minoritária. [397]

O inquérito policial, via de regra, não apresenta contraditório, exceto no caso de expulsão de estrangeiros, no qual o Decreto 9.199/2017, baseado na Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração), estabelece um processo que inclui a defesa.

Assim, devido à ausência de garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório, o valor probatório do inquérito policial é considerado relativo pelos tribunais, sendo as provas nele contidas válidas se confirmadas ou renovadas durante o julgamento sob o devido processo legal. A Lei 11.690/2008, especificamente no art. 155 do CPP, enfatiza a necessidade de contraditório judicial na formação da convicção do juiz, que não pode se basear exclusivamente em elementos da investigação. [398]

Contudo, provas da fase investigativa podem ser utilizadas como suporte secundário, desde que não sejam a única base da decisão. Algumas exceções permitem que certas provas obtidas no inquérito sejam usadas sem necessidade de renovação judicial, como é o caso

das provas periciais e das provas cautelares, antecipadas e não repetíveis, incluindo interceptações telefônicas. [399]

Além disso, decisões judiciais prévias ao processo criminal podem se basear em provas da investigação. Isso ocorre, por exemplo, em pedidos de busca e apreensão domiciliar ou sequestro de bens. A jurisprudência ainda não é unânime quanto ao uso de provas do inquérito pelo Tribunal do Júri, com decisões divergentes sobre a necessidade de renovação dessas provas em julgamento. [400]

Importante ressaltar que o inquérito policial não é essencial para iniciar uma ação penal. Ministério Público ou vítimas podem prosseguir com a acusação se já possuírem indícios suficientes de autoria e prova de materialidade, dispensando a investigação policial. Além disso, o inquérito, por natureza, não é passível de nulidade, pois não segue um procedimento formal específico. No entanto, provas individuais obtidas durante o inquérito podem ser anuladas se consideradas ilegais no decorrer do processo. [401]

Nesse sentido, Nucci:

> *O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, com caráter administrativo, conduzido por delegado de polícia, visando à formação da opinião do órgão acusatório acerca do cabimento ou descabimento da ação penal. Não se trata, em verdade, de uma coletânea de provas, produzidas inquisitivamente, a funcionar contra o réu, na finalização do processo, com a prolação da sentença. Tem o cunho protecionista, cuja finalidade precípua é permitir o ajuizamento de demandas criminais lastreadas em provas pré-constituídas, vale dizer, somente se ingressa com ação penal contra alguém havendo justa causa. Por isso, deve-se abandonar a visão de ser o inquérito um conjunto de provas a ser associado às demais, colhidas em juízo, formando um todo para ser usado pelo magistrado ao formar seu convencimento. O inquérito é a garantia de que ninguém será processado criminalmente de modo leviano, sem provas mínimas a respeito da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria.*[402]

É também importante notar que irregularidades no inquérito policial não afetam automaticamente a validade do processo penal subsequente. Decisões do STJ afirmam que falhas na investigação

não contaminam a ação penal, visto que o inquérito serve apenas como informação preliminar. Em casos onde a denúncia é aceita com base em provas ilícitas obtidas no inquérito, pode ocorrer o trancamento da ação penal, anulando a decisão de aceitação e atos subsequentes. No entanto, isso não implica na invalidade do inquérito como um todo, mas sim na ilicitude específica da prova que fundamentou a acusação. Se outras provas lícitas sustentam a denúncia, o processo continua válido. [403]

Por fim, a independência formal do inquérito em relação ao processo penal é enfatizada. Violações de procedimentos no inquérito não resultam em nulidade automática do processo, mas podem diminuir o valor probatório do inquérito. Assim, mesmo com imperfeições, o inquérito policial continua sendo uma peça informativa relevante no processo penal. [404]

8.3.2 Características do IP

O inquérito policial apresenta várias características distintivas, embora não exclusivas. Estas incluem ser um procedimento escrito, autoridade ou oficialidade, sigiloso, indisponível, obrigatório, dispensável, discricionário, inquisitivo e oficioso.[405]

Sobre ser um procedimento escrito, o art. 9º do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que todas as peças do inquérito devem ser documentadas por escrito. Contudo, conforme esclarece Guilherme Madeira Dezem[406], esta exigência deve ser entendida no contexto de sua época, 1941, quando a tecnologia não era tão integrada às investigações como hodiernamente.

Não obstante o CPP indique que o inquérito seja escrito, nem todos os elementos de informação precisam ser obrigatoriamente reduzidos a termo. Meios modernos de investigação como interceptações telefônicas e captação ambiental de imagens e sons

não necessitam ser convertidos em escrita. Há discussões sobre a flexibilização desta regra para permitir a gravação de depoimentos durante o inquérito policial, mas também há argumentos contrários baseados no princípio da legalidade estrita, que rege o inquérito como um procedimento administrativo.[407]

> *A linguagem do art. 9º não está atualizada com os dias que correm, visto ser possível a forma impressa de documentos – mediante a utilização de computador e impressora –, como hodiernamente ocorre em relação aos termos de depoimentos colhidos ao longo da investigação, não sendo correto exigir seja escrito a punho ou redigido mediante utilização de jurássica máquina de datilografia. Documentadas as peças do inquérito, este poderá ser materializado em papel ou formato digital.* [408]

Independentemente do posicionamento adotado, é evidente a necessidade de regulamentação desta prática, seja pelos órgãos policiais, seja pelo Poder Judiciário ou pelo Conselho Nacional de Justiça. Em alguns estados, tem sido desenvolvido o inquérito policial eletrônico, alinhando-se à informatização do processo judicial. Este avanço traz maior eficiência às investigações e amplia as garantias dos investigados, facilitando o acesso dos advogados e permitindo que vítimas acompanhem as investigações.

A digitalização do inquérito resolve problemas como a localização física dos documentos e agiliza o processo. Portanto, hoje é mais apropriado dizer que o inquérito é parcialmente escrito, não integralmente. [409]

Característica da autoridade ou oficialidade, de acordo com o que dispõe o art. 144, § 4º, da CF, "o inquérito policial deve ser presidido por autoridade pública legalmente investida, entenda-se, por Delegado de Polícia",[410] assim importante a aula de Norberto Avena:

> *A afirmação (...) de que funções de polícia investigativa, ao contrário das funções de polícia judiciária, podem ser desempenhadas por outros órgãos, não sendo exclusivas das polícias federal e civil, não implica a conclusão de que o inquérito policial possa ser presidido por autoridades distintas do delegado de polícia. De modo algum. Unicamente ao delegado de polícia compete a condução do inquérito policial ou outro*

> *procedimento investigativo de origem ou em curso nas delegacias de polícia, atribuição esta que não pode ser transferida a outras instituições ou ao particular. Não é outra a dicção do art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.830/2013, quando estabelece que "ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais", dispondo ainda o § 2.º da mesma lei que "cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos", ressalvando-se, por óbvio, as providências que a lei ou a Constituição Federal condicionam à prévia ordem judicial.*[411]

Outra característica é o sigilo. Todavia, embora o inquérito policial brasileiro, possua natureza sigilosa, ele opera principalmente sob o princípio da publicidade, conforme estabelecido pela Constituição Federal (CF), pelo Pacto de São José da Costa Rica e pelo Código de Processo Penal (CPP). [412]

Principais disposições legais sobre publicidade e sigilo são mencionadas a seguir:

- CF, art. 5º, XXXIII: Garante o direito a informações públicas, ressalvando o sigilo essencial à segurança do Estado.
- CF, art. 5º, LX: Limita a publicidade dos atos processuais para proteger a intimidade ou interesse social.
- CF, art. 93, IX: Assegura a publicidade dos julgamentos judiciais, permitindo restrições em casos específicos.
- Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, 5: Estabelece a publicidade do processo penal, exceto para proteger a justiça.
- CPP, art. 792: Define que audiências e atos processuais são públicos, mas permite exceções.
- CPP, art. 20: Determina sigilo no inquérito policial para proteger a elucidação do fato ou interesse da sociedade.

Segundo Guilherme Madeira Dezem, em regra, o inquérito policial deve ser público, mas o sigilo pode ser imposto em duas

modalidades:[413]

a) Sigilo interno: Restringe a informação a sujeitos específicos da investigação, geralmente ao investigado.

b) Sigilo externo: Limita a informação ao público externo.

O art. 20 do CPP se refere ao sigilo externo. O sigilo interno é exceção e, em geral, não deve haver restrições ao acesso das partes aos atos da investigação. Isso é garantido pela legislação citada e pelo Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994), especialmente no art. 7º, que assegura direitos de acesso ao advogado.

Situações excepcionais para impor o sigilo interno incluem medidas como interceptações telefônicas em andamento ou buscas e apreensões. A Súmula Vinculante 14 do STF estabelece o direito do defensor ao acesso amplo a elementos de prova já documentados, respeitando algumas restrições.

Em casos de violação dessa súmula, são possíveis reclamações ao STF, mandados de segurança ou habeas corpus. O Estatuto da OAB assegura ao advogado o direito de examinar autos de inquérito, mesmo sem procuração.

Sobre o assunto, veja decisões do STF e do STJ a seguir transcritas:

> *AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. PEDIDO DE ACESSO A TERMOS DE DECLARAÇÕES EMBASADO EM REPORTAGENS JORNALÍSTICAS. PROCEDIMENTO RESGUARDADO POR SIGILO. SÚMULA VINCULANTE 14. COMPATIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O conteúdo dos depoimentos prestados em regime de colaboração premiada está sujeito a regime de sigilo, que, a teor da regra geral prevista na Lei 12.850/2013 (art. 7°, §3°), perdura até o recebimento da denúncia e, de modo especial, deve ser observado em momento anterior à instauração formal de procedimento investigatório. 2. Nos termos da Súmula Vinculante 14, indispensável ao acesso da defesa que os elementos de prova estejam documentados e incorporados ao procedimento investigatório. 3. A simples menção ao interessado em reportagens jornalísticas não lhe assegura vista de termos de declaração prestados em acordo de colaboração premiada. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (Pet 8106 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 26-06-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 25-08-2023 PUBLIC 28-08-2023)*

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO ADVOGADO ACESSAR OS ELEMENTOS JÁ DOCUMENTADOS EM INQUÉRITO. SÚMULA VINCULANTE 14. NEGATIVA DA AUTORIDADE POLICIAL EM INFORMAR SE, AO MENOS, EXISTE INVESTIGAÇÃO EM ANDAMENTO, IMPOSSIBILITANDO O CONHECIMENTO DA DEFESA SOBRE QUALQUER ELEMENTO JÁ DOCUMENTADO. VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante a 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".

2. A autoridade policial indeferiu o pedido de acesso ao inquérito e se recusou a informar à defesa se ao menos existe alguma investigação em andamento contra o recorrido, limitando-se a afirmar, de maneira contraditória, que não foi comprovada pelo interessado a existência da investigação, com a indicação do número processual respectivo.

3. Se não existe investigação contra o agravado, tal informação poderia ter sido simplesmente fornecida sem entraves pela polícia.

Por outro lado, se há investigação e a intenção da autoridade policial é apenas resguardar elementos sigilosos, basta que não autorize o acesso da defesa a diligências em andamento e àquelas ainda não documentadas. Por outro lado, impedir que o agravado ao menos saiba se existe investigação contra si ofende gravemente o direito de seu defensor a ter vistas dos elementos já produzidos em eventual inquérito, até porque não há como o advogado conhecer a existência ou número do procedimento administrativo.

4. Veja-se a contradição verdadeiramente kafkiana que a polícia impôs ao agravado, e que o MPF pretende ver restaurada com este recurso: para saber se há investigação contra si (e acessar os documentos permitidos pela Súmula Vinculante 14), o particular precisaria indicar o número do inquérito, que não sabe se existe - já que a polícia se recusou a informá-lo -, e comprovar sua existência. Evidente violação à Súmula Vinculante 14 configurada.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.932.274/PE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 16/11/2021.)

Por fim, o segredo de investigação no direito italiano, segundo o artigo 329 do Código de Processo Penal, permite atos sigilosos até que o investigado possa tomar conhecimento deles ou até o encerramento da investigação. No Brasil, a publicidade no inquérito policial é restringível, mas não integralmente sigilosa.[414]

O inquérito policial é caracterizado pela sua indisponibilidade, o que quer dizer que a autoridade policial não tem o poder de arquivar os autos do inquérito. Conforme estabelecido pelo art. 17 do Código

de Processo Penal (CPP), uma vez iniciado o inquérito, a autoridade policial não pode determinar seu arquivamento, mesmo em casos de fatos atípicos. O arquivamento só pode ser realizado pelo juiz, mediante solicitação do Ministério Público. [415]

Outra característica do IP é a obrigatoriedade. Assim, a autoridade policial é legalmente obrigada a instaurar um inquérito policial quando existem evidências mínimas de um delito, desde que satisfeitas quaisquer condições de procedibilidade necessárias.[416]

Nesse sentido, a característica da oficiosidade para delitos sujeitos à ação penal pública incondicionada, o inquérito deve ser iniciado *ex officio*, conforme o art. 5º, I, do Código de Processo Penal (CPP). Já para delitos que requerem ação penal pública condicionada ou ação penal privada, a instauração do inquérito só acontece após o cumprimento das condições específicas, como a representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, ou após a formulação de um requerimento, de acordo com o art. 5º, §§ 4º e 5º do CPP. [417]

Uma vez autorizada a instauração do inquérito nesses casos, a autoridade policial pode proceder com as diligências de ofício, sem necessitar de novas autorizações. [418]

A falta de conhecimento sobre a autoria do crime não isenta a autoridade policial de iniciar o inquérito, visto que uma das principais finalidades da investigação é justamente esclarecer a autoria. Além disso, a possibilidade de existência de uma causa de exclusão da antijuridicidade, conforme o art. 23 do Código Penal, também não desobriga a autoridade policial de conduzir a investigação. Ademais, a autoridade policial não deve assumir o papel de julgador e negar a responsabilidade de um infrator sem a devida apuração. [419]

Todavia, é importante observar as seguintes distinções quanto à obrigatoriedade do IP para a autoridade policial, já que inexiste a obrigatoriedade do IP para ação penal:

> *a) apesar de obrigatório para a autoridade policial, se ela entender que é o caso, ela pode indeferir o pedido de abertura do inquérito policial (veja no tópico referente à abertura do inquérito policial maiores explicações quanto a isso); b) o inquérito policial é obrigatório para a autoridade policial, mas dispensável para a ação penal. Ou seja, pode haver ação penal sem que haja inquérito policial, [...].*[420]

A característica de dispensabilidade do IP demonstra que é possível iniciar uma ação penal sem a necessidade de um inquérito policial prévio, conforme indicado nos artigos 12, 39, § 5º, e 46, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP)[421]. Para apresentar uma denúncia ou queixa-crime, é necessário ter indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime, mas esses elementos não precisam ser obrigatoriamente obtidos através do inquérito policial. Eles podem ser provenientes de outros meios, como sindicâncias, processos administrativos ou relatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs).[422]

A característica da discricionariedade do IP, demonstra que embora alguns autores defendam o caráter de procedimento rígido com uma sequência fixa de atos, a autoridade policial possui a discricionariedade em tais atos. De fato, o art. 6º do CPP lista uma série de atos investigativos, mas não obriga a sua realização em uma ordem específica. A discricionariedade na investigação não implica poder absoluto da autoridade policial, mas sim a habilidade de usar o melhor julgamento e técnicas de inteligência policial para conduzir a investigação de forma eficaz. [423]

Nesse sentido é o juízo prognose e de diagnose, conforme explicação de Noberto Avena:

> *Isso quer dizer que, no início da investigação e no seu curso, cabe ao delegado proceder ao que tem sido chamado pela doutrina de juízo de prognose, a partir do qual decidirá*

quais providências são necessárias para elucidar a infração penal investigada. A este juízo, mais tarde, quando finalizada a investigação, sucederá o juízo de diagnose, momento em que o delegado, examinando o conjunto probatório angariado, informará, no relatório do procedimento policial, as conclusões da apuração realizada. Mas cuidado! A discricionariedade que caracteriza o inquérito não colide com a oficiosidade, que também o peculiariza. Esta última refere-se à obrigatoriedade de instauração do inquérito em face da notícia de um crime que autoriza o agir ex officio do delegado, enquanto a primeira concerne à forma de condução das investigações, o que abrange tanto a natureza dos atos investigatórios (oitiva de testemunhas, perícias etc.) quanto a ordem de sua realização. Também não se confunde a prefalada discricionariedade com arbitrariedade, pois não se poderia conceber que pudesse a autoridade policial adotar providências ao arrepio das normas constitucionais e infraconstitucionais que se mostrarem incidentes em determinados meios de prova. Assim, embora possa o delegado, por exemplo, segundo sua discricionariedade, concluir pela necessidade de efetivação de busca e apreensão domiciliar ou interceptação das conversas telefônicas, antes de adotar essas providências deverá obter a competente ordem judicial, sob pena de ilicitude das provas então obtidas. Do mesmo modo, ao proceder ao interrogatório do investigado, não poderá constrangê-lo a falar caso se reserve ele ao direito de permanecer em silêncio, pois este decorre não apenas da sistemática constitucional (art. 5.º, LXIII, da CF) como da própria legislação ordinária (art. 6.º, V, c/c o art. 186, ambos do CPP).[424]

Conforme já mencionado anteriormente, o inquérito policial, apesar de ser fundamentalmente inquisitivo e diferir do sistema processual penal acusatório, tem sofrido mudanças que atenuam seu caráter inquisitivo. Essas mudanças incluem, de acordo com Guilherme Madeira Dezem[425]:

a) Direito de acesso aos autos do inquérito policial, assegurado pela Súmula Vinculante 14.
b) Necessidade de contraditório prévio para medidas cautelares pessoais, exigindo a intimação do investigado (art. 282, § 3º, do CPP).
c) Modificações no art. 7º do Estatuto da OAB, especialmente nos incisos XIV e XXI, que reforçam os direitos dos advogados na investigação preliminar.
d) Defesa obrigatória no inquérito policial em casos específicos, conforme estabelecido pelo art. 14-A do CPP, introduzido pelo Pacote Anticrime.

Essas alterações indicam uma evolução no inquérito policial, movendo-se em direção a um modelo que incorpora mais elementos do sistema acusatório, embora ainda se mantenha predominantemente inquisitivo. A jurisprudência reconhece o caráter inquisitivo do IP, mas vícios nele ocorridos não contaminam a ação penal. As alterações legislativas buscam equilibrar a eficiência da investigação com direitos de defesa, indicando uma mudança na abordagem do inquérito policial. [426]

O artigo 14 do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que o delegado de polícia tem a discricionariedade para indeferir diligências requeridas pelo investigado ou pelo ofendido, refletindo a natureza inquisitória do inquérito policial. No entanto, essa prerrogativa não elimina a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, como por meio de *habeas corpus*, para contestar o indeferimento de diligências relevantes. O artigo 184 do CPP limita essa discricionariedade ao estabelecer que a autoridade policial não pode negar a realização de perícias necessárias para comprovar a materialidade do crime.[427]

Adicionalmente, o artigo 14-A do CPP, introduzido pela Lei 13.964/2019, assegura aos servidores das polícias e das Forças Armadas, quando investigados por uso de força letal no exercício profissional, o direito de constituir defensor. O investigado deve ser notificado sobre a instauração do procedimento investigativo para designar um defensor dentro de 48 horas. Se o investigado não designar um defensor, a instituição a que está vinculado deve fazê-lo, preferencialmente pela Defensoria Pública. Os custos dessa defesa são de responsabilidade da instituição a que o servidor está vinculado.[428]

Apesar dessas disposições, a natureza inquisitória do inquérito policial permanece inalterada. O direito de constituir defensor já é

assegurado a todos os investigados pelo artigo 7º, XXI, da Lei 8.906/1994 e pela Súmula Vinculante 14 do STF. A investigação policial segue sendo um procedimento primariamente informativo, com limitações na participação da defesa até a conclusão das diligências em andamento. [429]

Por fim, o inquérito policial é caracterizado por sua natureza transitória, ou seja, não deve se estender indefinidamente. Essa limitação no tempo é essencial tanto para o investigado, cuja vida pode ser gravemente afetada pela investigação, quanto para a vítima, que tem o direito de ver o caso resolvido em um prazo razoável, caso contrário, ocorreria uma sensação de injustiça e impunidade. O inquérito possui prazos definidos para sua conclusão, sejam em situações onde o investigado está preso ou solto. [430]

A necessidade de transitoriedade do inquérito policial respeita a garantia da duração razoável do processo, evitando que a investigação se prolongue por um período excessivo.[431]

8.3.3 Finalidade e Destinatários do IP

Já é possível compreender que a finalidade do IP e de "investigar o fato aparentemente criminoso constante na notícia-crime ou descoberto de ofício pela autoridade policial". O inquérito surge no tablado da hipótese de que "exista um fato punível e pretende atingir o grau de probabilidade (*fumus commissi delicti*) para que acusação seja exercida".[432]

Assim, o objetivo principal do inquérito policial é esclarecer os fatos para fornecer elementos essenciais ao titular da ação penal. Esses elementos são necessários para que o titular possa formular adequadamente uma acusação e apresentar a petição inicial acusatória em juízo, se for o caso.

Os destinatários do IP, se dividem em imediatos e mediatos. Os destinatários imediatos são o Ministério Público, em delitos de ação penal pública (seja condicionada ou incondicionada), e o ofendido ou seu representante legal, em delitos de ação penal privada. O juiz é considerado um destinatário mediato, tendo em vista que utiliza os elementos de convicção do inquérito para avaliar a viabilidade jurídica da denúncia ou queixa-crime oferecida, bem como para decidir sobre a necessidade de medidas cautelares ou outras manifestações relacionadas à ação penal.[433]

8.3.4 Instauração e Procedimento do IP

Embora os atos do inquérito policial dependam do poder discricionário da autoridade responsável, eles devem seguir uma ordem lógica, caracterizando sua natureza procedimental. Portanto, o inquérito policial possui uma estrutura com início, desenvolvimento e conclusão, ocorrendo em um período de tempo razoável.[434]

O início do inquérito policial se dá com a *notitia criminis*, ou seja, quando a autoridade policial toma conhecimento de um evento que pode ser criminoso.

De acordo com lição de Mougenot[435], existem quatro formas principais de *notitia criminis*:

a) Direta ou espontânea: quando a autoridade policial toma conhecimento do crime diretamente, como através de investigações, informações da imprensa ou descobertas acidentais.

b) Indireta ou provocada: ocorre quando terceiros informam à autoridade policial sobre um possível crime, por meio de vários canais, como requerimentos ou representações.

c) Coercitiva: acontece nos casos de prisão em flagrante, com a autoridade policial tomando conhecimento do crime por meio da apresentação do autor.

d) *Delatio Criminis*: surge quando um cidadão informa à autoridade policial sobre um crime, pedindo ações punitivas. Esta forma de notitia criminis também ocorre quando a vítima comunica o crime ao Estado, exigindo justiça.

A legislação processual penal define diferentes maneiras de iniciar um inquérito policial, ou seja, de que ocorra a instauração do IP. Ela depende do tipo de ação penal aplicável ao caso. Para crimes de ação penal pública incondicionada, o inquérito pode ser iniciado de cinco[436] formas:

a) De ofício: a autoridade policial deve iniciar o inquérito ao tomar conhecimento de um possível crime.

b) Por requisição: juízes ou membros do Ministério Público podem solicitar à autoridade policial a abertura de um inquérito para investigar um fato criminoso.

c) Por requerimento do ofendido ou seu representante: vítimas ou seus representantes podem pedir à autoridade policial para iniciar uma investigação.

d) Através da "*delatio criminis*": qualquer pessoa ciente de um crime pode notificar a autoridade policial. A comunicação de crimes é geralmente facultativa, mas pode ser obrigatória em certos casos para funcionários públicos e profissionais da saúde.

e) Mediante prisão em flagrante: após a detenção em flagrante, o infrator é levado à autoridade policial, que, ao verificar a ocorrência de um delito, inicia o inquérito com a lavratura do auto de prisão.

Essas diferentes formas *de notitia criminis* e de instauração do inquérito policial mostram a flexibilidade e a abrangência do processo de investigação criminal.

Assim, de acordo com Noberto Avena, nos crimes de ação penal pública incondicionada, o inquérito policial pode ser iniciado de várias formas:[437]

a) Portaria: A autoridade policial inicia o inquérito mediante portaria quando tem conhecimento de um crime, independentemente da forma como esse conhecimento é adquirido. Esta ação independe de solicitação externa e é um dever do delegado, que deve incluir na portaria o objeto da investigação, circunstâncias conhecidas, e as primeiras diligências.

b) Requisição do Ministério Público ou Autoridade Judiciária: O inquérito também pode ser instaurado por requisição do Ministério Público ou autoridade judiciária. A requisição do Ministério Público é uma ordem que, em geral, deve ser seguida pela autoridade policial, a menos que a ilegalidade da requisição seja evidente.

c) Requerimento da Vítima ou de seu Representante Legal: Outra forma de início é por meio de requerimento da vítima ou de seu representante legal. Diferente da requisição, o requerimento é uma solicitação, e pode ser indeferido pelo delegado em certas circunstâncias, como na atipicidade da conduta descrita pelo requerente.

d) Auto de Prisão em Flagrante: O auto de prisão em flagrante é também uma forma inequívoca de instauração do inquérito, dispensando a necessidade de portaria.

e) Requisição e representação: Nos crimes de ação pena pública condicionada, “existem duas condições de

> procedibilidade: a requisição do Ministro da Justiça, cuja natureza, não obstante o nome, é de requerimento; e a representação do ofendido ou de seus representantes legais", conforme o art. 31 do CPP.[438]

No caso de crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada, as formas de início do inquérito incluem a representação do ofendido ou de seu representante legal, a requisição do Ministério Público (condicionada à existência de representação prévia), e o auto de prisão em flagrante (dependendo da manifestação de vontade da vítima no caso de crimes de ação penal pública condicionada). Em crimes de ação penal privada, o inquérito se inicia somente mediante requerimento da vítima ou de quem legalmente a represente. [439]

Importante mencionar que não se confunde a requisição do promotor (MP) com a requisição do Ministro da Justiça, valiosa a lição a seguir transcrita:

> *A requisição formulada pelo Ministro da Justiça não se confunde com a requisição que é feita pelo Ministério Público.*
> *A requisição do Ministro da Justiça, conforme vimos, constitui simples manifestação positiva de vontade, autorizadora da investigação e do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Por meio dela nada se exige.*
> *Já a requisição formulada pelo Ministério Público com vistas à instauração de inquérito policial constitui exigência que não pode ser desatendida pela autoridade policial, salvo excepcional hipótese em que se revelar manifestamente ilegal.*[440]

Durante a investigação, a autoridade policial tem ampla discricionariedade para conduzir as investigações, podendo requisitar perícias, informações, documentos e dados relevantes. Algumas práticas são especificadas no art. 6º do Código de Processo Penal, como dirigir-se ao local do crime, apreender objetos relacionados ao fato, colher provas, ouvir o ofendido e o indiciado, realizar reconhecimentos e acareações, e proceder a exames de corpo de delito, veja:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)
II – apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato;
II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)
III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
IV - ouvir o ofendido;
V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título Vll, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que Ihe tenham ouvido a leitura;
VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
IX - 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.
X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Além disso, a autoridade policial deve coletar informações sobre a vida pregressa do indiciado, como condição social e familiar, e sobre a existência de filhos, suas idades e a existência de deficiências, para proteção deles em casos de prisão dos pais. [441]

Assim, no auto de prisão em flagrante, a oitiva do investigado deve incluir a informação sobre seus direitos, incluindo o de permanecer calado. A Lei 13.257/2016 adicionou ao art. 6º do CPP a necessidade de coletar informações sobre filhos do preso, visando políticas públicas para a primeira infância e considerações sobre a prisão preventiva. [442]

A autoridade pode também realizar a reprodução simulada dos fatos (reconstituição do crime), embora não seja obrigatória e dependa da decisão do delegado. A reconstituição pode ser útil para

esclarecer detalhes do crime, mas o indiciado não é obrigado a colaborar, respeitando o princípio do direito ao silêncio. [443]

A preservação do local do crime é crucial para a investigação, conforme o art. 169 do Código de Processo Penal (CPP), que enfatiza a importância da perícia no local do crime. Contudo, muitas vezes, a cena delitiva não é adequadamente preservada, prejudicando a coleta de evidências. Segundo o art. 6º, II do CPP, a autoridade policial deve apreender objetos e instrumentos do crime.[444] Para objetos deixados no local do crime, não é necessário mandado judicial, mas para buscas domiciliares e pessoais, salvo exceções legais, é preciso. Os instrumentos do crime, em caso de condenação, podem ser perdidos em favor da União, conforme o art. 91 do Código Penal (CP). Já os demais objetos podem ser devolvidos conforme os arts. 118 e 119 do CPP.[445]

A oitiva do ofendido deve ocorrer rapidamente, sendo essencial para as investigações. Em certos casos, porém, pode ser impossível, como em situações de morte ou hospitalização da vítima. Para a oitiva do indiciado, as regras dos arts. 185 a 196 do CPP devem ser seguidas, e o termo deve ser assinado por duas testemunhas. No entanto, essas regras não se aplicam integralmente ao inquérito policial, devido à sua natureza inquisitória.[446]

O reconhecimento de pessoas ou coisas e as acareações no inquérito policial seguem, por analogia, os arts. 226 a 228 (reconhecimento) e os arts. 229 e 230 (acareação) do CPP. A autoridade policial pode determinar exames de corpo de delito e outras perícias necessárias, conforme o art. 6º, VII do CPP, sendo obrigatórios nos *delicta facta* permanente (art. 158 do CPP).[447]

A vida pregressa do investigado é avaliada conforme o art. 6º, IX do CPP, sendo relevante para a dosimetria da pena (CP, art. 59).

Outras diligências, como a reprodução simulada dos fatos, são possíveis conforme o art. 7º do CPP.[448] A Lei 12.850/2013 estabelece métodos específicos para investigação de organizações criminosas, e a Lei 9.613/1998, modificada pela Lei 12.683/2012, permite o acesso a dados cadastrais do investigado por autoridades policiais e pelo Ministério Público. A Lei 12.830/2013 autoriza o delegado a requisitar perícias, informações, documentos e dados relevantes à investigação. No entanto, dados protegidos por sigilo exigem autorização judicial.[449]

Quando há suspeita ou certeza sobre a autoria de um delito, a autoridade policial deve se esforçar para identificar e ouvir o investigado. Conforme o art. 6º, V, do CPP, normalmente a oitiva ocorre antes do indiciamento formal, fazendo mais sentido referir-se à pessoa como investigada, não indiciada. Não é o objetivo estabelecer um contraditório no inquérito policial, mas sim ouvir todas as versões possíveis sobre os fatos, mantendo a investigação imparcial e livre de pré-julgamentos.[450]

O art. 260 do CPP prevê a possibilidade de condução coercitiva do investigado para depoimento, mas isso é visto como inconstitucional, pois contraria o direito ao silêncio garantido pela Constituição Federal (CF, art. 5º, LXIII), o que foi confirmado pelo STF, o qual declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP), não foi recepcionada pela Constituição de 1988. A decisão foi tomada no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444. Assim, a recusa do investigado em comparecer deve ser interpretada como escolha pelo silêncio.

O investigado tem o direito de permanecer calado, sem que isso implique em qualquer prejuízo à sua defesa. Mesmo sem um

contraditório completo na fase do inquérito, o investigado tem o direito de ser acompanhado por um advogado durante sua oitiva pela autoridade policial, embora o defensor não possa intervir diretamente na coleta de provas. [451]

O interrogatório deve ser documentado conforme os arts. 185 a 195 do CPP. Durante a inquirição, a autoridade policial buscará informações sobre a vida pregressa do investigado, que são relevantes, especialmente para a dosimetria da pena. Se o investigado optar pelo silêncio, isso deve ser registrado no termo de depoimento. Fornecer informações falsas pode resultar em responsabilidade pelo crime de falsidade ideológica (art. 307 do CP). [452]

Com relação à oitiva de investigados menores de 21 anos, o art. 15 do CPP previa a nomeação de um curador especial, mas isso não é mais necessário devido às mudanças trazidas pelo Código Civil atual, o qual prevê a maioridade civil também em 18 anos. Além disso, a Lei 10.792/2003 revogou a necessidade de nomeação de curador especial ao réu menor no seu interrogatório judicial. [453]

1. Interceptação Telefônica: O art. 5º, XII, da CF/88 assegura a inviolabilidade das comunicações, permitindo excepcionalmente a interceptação telefônica por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A Lei n. 9.296/96, regulamentando esse dispositivo, estabelece que a interceptação pode ser autorizada pelo juiz a pedido da autoridade policial ou do Ministério Público. O art. 3º -A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, enfatiza a estrutura acusatória do processo penal, vedando a iniciativa do juiz na fase de investigação.

2. Captação Ambiental de Sinais: Introduzida pela Lei n. 13.964/2019, essa técnica de investigação, regulamentada pelo art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, permite a captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, mediante autorização judicial, sob certas condições.
3. Acesso a Mensagens de WhatsApp: O acesso a mensagens de WhatsApp ou outros dados armazenados em dispositivos eletrônicos, sem autorização judicial, é ilegal e viola o art. 5º, XII, da CF/88. Decisões judiciais têm reiterado essa posição, ressaltando a necessidade de fundamentação adequada para tais medidas.
4. Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006): Esta lei estabelece procedimentos específicos para casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, incluindo medidas protetivas de urgência e procedimentos investigativos. As ações penais pelos crimes previstos nesta lei são públicas incondicionadas, conforme entendimento do STF e STJ.
5. Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006): Estabelece procedimentos investigatórios específicos para crimes relacionados a drogas, como a infiltração de agentes e a não atuação policial em determinadas circunstâncias, para identificar e responsabilizar integrantes de operações de tráfico.
6. Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013): Define organização criminosa e dispõe sobre meios de obtenção de prova, incluindo colaboração premiada, captação ambiental de sinais, ação controlada, entre outros.
7. Crimes contra a Dignidade Sexual de Crianças e Adolescentes: A Lei n. 13.441/2017 permite a infiltração de

agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, com procedimentos e limitações específicas para proteger a identidade do agente e a intimidade das vítimas.

8. Lei n. 13.344/2016 (Tráfico de Pessoas): Esta lei inclui procedimentos específicos para prevenir e reprimir o tráfico interno e internacional de pessoas, incluindo a requisição de dados e informações cadastrais da vítima ou suspeitos, e o acesso a dados de telecomunicações para localização de vítimas ou suspeitos.

Em resumo, essas leis e procedimentos representam um conjunto de ferramentas legais utilizadas na investigação criminal, respeitando sempre os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, e exigindo a devida autorização judicial para a quebra de sigilo e outras medidas invasivas.[454]

8.3.5 Indiciamento

O conteúdo de indiciamento é encontrado no contexto do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, especialmente após a introdução da Lei 12.830/2013. Assim, indiciamento é o ato de apontar alguém como provável autor de um crime durante a investigação policial. Este ato deve ser baseado em indícios concretos que apontam para a culpa penal da pessoa, sendo considerado um esboço da futura acusação formal. [455]

Segundo Sérgio Marcos de Moraes Pitombo[456], o indiciamento deve ser resultado de uma análise de indícios que incriminam a pessoa como autora de atos considerados crimes pela legislação penal.

A Lei 12.830/2013, em seu art. 2º, § 6º, esclarece que o indiciamento é uma atribuição exclusiva do delegado de polícia e

deve ser um ato fundamentado, baseado em análise técnico-jurídica. O indiciamento deve especificar a autoria, materialidade e circunstâncias do crime. [457]

No entanto, há preocupações significativas em relação ao processo de indiciamento no contexto jurídico brasileiro, tendo em vista que inexiste, no contexto atual, norma expressa nesse sentido. Isso em razão de que o indiciamento, além de representar um ônus para o investigado, deve ser reconhecido como o início do exercício do direito de defesa. Essa visão é crucial para evitar acusações inesperadas e para prevenir situações em que o investigado é tratado como mera testemunha, quando na realidade é o principal suspeito. [458]

Lamentavelmente, a prática atual desvirtua o propósito do indiciamento, reduzindo-o a um mero interrogatório e ao preenchimento de um formulário de qualificação do sujeito, o que é considerado uma degeneração do procedimento. Portanto, destaca-se a necessidade de uma regulamentação legislativa mais adequada que assegure o cumprimento efetivo das garantias processuais no ato de indiciamento. O indiciamento não deve ser resultado de subjetivismo da autoridade policial, mas sim um ato motivado e justificado pelos elementos colhidos na investigação. Esse ato inclui a coleta de dados sobre a vida pregressa e a identificação criminal do acusado. [459]

A jurisprudência entende que o indiciamento não é cabível após a oferta de denúncia, pois seria desnecessário e apenas serviria para estigmatizar o acusado. O indiciamento indireto, realizado na ausência do investigado, também é possível, baseando-se em dados de outras fontes acessíveis à autoridade policial. [460]

8.3.5 Prazo do IP

A discussão sobre os prazos do inquérito policial envolve a compreensão de que a investigação policial não deve se prolongar indefinidamente, necessitando de prazos estabelecidos para sua conclusão. Esses prazos estão previstos no art. 10 do Código de Processo Penal (CPP).

O CPP estabelece que o inquérito deve ser concluído em 10 dias se o indiciado estiver preso, seja por flagrante ou prisão preventiva, e em 30 dias se estiver solto. Esses prazos começam a contar a partir da execução da ordem de prisão ou da instauração do inquérito, respectivamente.

Importante ressaltar que a prisão em flagrante por si só não sustenta a custódia por 10 dias. Após a prisão em flagrante, deve ocorrer uma audiência de custódia, onde o juiz pode relaxar a prisão, converter em preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Se a liberdade provisória for concedida mediante fiança não paga, o indiciado permanece preso, o que influencia na contagem do prazo do inquérito.

Existem prazos especiais estabelecidos em leis específicas, como a Lei n. 1.521/51 para crimes contra a economia popular (10 dias), a Lei n. 5.010/66 para inquéritos da Polícia Federal (15 dias, prorrogáveis por mais 15), e o Código de Processo Penal Militar (20 dias para indiciados presos e 40 dias para soltos). Além disso, a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) prevê prazos de 30 dias para indiciados presos e 90 dias para soltos.

Para indiciados soltos, o prazo é processual e exclui o dia do começo, incluindo o dia do vencimento. Para indiciados presos, a contagem do prazo inclui o dia da prisão, considerando-se a data da captura, contagem conforme o art. 10 do CP.

Em casos de complexidade da investigação, é possível solicitar a prorrogação dos prazos. Para indiciados soltos, a autoridade policial

deve justificar as razões da demora e solicitar mais tempo ao juiz. No caso de indiciados presos, a prorrogação é mais restrita e depende de representação fundamentada do delegado, com autorização do juiz das garantias, por mais 15 dias.

O Ministério Público deve ser consultado sobre a prorrogação do prazo e pode concordar com a extensão ou decidir oferecer denúncia com base nos elementos já coletados.

O juiz analisa a solicitação de prorrogação, levando em consideração a posição do Ministério Público e a necessidade de mais tempo para a conclusão das investigações.

Portanto, os prazos do inquérito policial são ferramentas importantes para assegurar a eficiência da investigação, respeitando o direito à liberdade dos indiciados e garantindo o devido processo legal.

8.3.5 Encerramento do IP

O encerramento do inquérito policial ocorre ou pelo esgotamento do prazo legal ou pelo entendimento de que todas as diligências necessárias foram concluídas. O fim do inquérito não implica que todas as dúvidas foram resolvidas, mas que todas as diligências possíveis foram realizadas. A autoridade policial, ao concluir o inquérito, deve elaborar um relatório objetivo e imparcial dos fatos, sem emitir juízo de valor sobre a culpabilidade. Esse relatório, junto com os elementos de prova, é enviado ao juiz competente.[461]

Assim, "o relatório, que é a peça final do inquérito policial, deve ser historiado, onde a autoridade policial relatará, de forma minuciosa, tudo o que tiver sido apurado (CPP, art. 10, § 1.º)". No relatório, a autoridade policial"não deverá haver juízo de valor sobre a culpabilidade e a antijuridicidade, mas apenas uma descrição objetiva dos fatos. A autoridade policial poderá sugerir, porém, uma

classificação legal para os fatos", assim como representar pela decretação da prisão preventiva (CPP, art. 13, IV) ou medidas cautelares alternativas à prisão.[462]

Se o crime requer ação penal privada, o inquérito é enviado ao juiz, que aguardará a iniciativa do ofendido. O Ministério Público, ao receber o inquérito, pode oferecer denúncia, solicitar mais diligências, pedir arquivamento, manter os autos em cartório, oferecer acordo de não persecução penal ou enviar para o juízo competente. O arquivamento do inquérito, que não faz coisa julgada, impede a ação penal até que surjam novas provas.[463]

O arquivamento do inquérito é de competência do Ministério Público e deve ser fundamentado, devendo respeitar o disposto no art. 28 do CPP:

> *Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)*
> *§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)*
> *§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

As provas do inquérito são consideradas informativas e não podem ser a única base para condenação, a menos que corroboradas por provas produzidas sob o contraditório judicial.

8.4 O Acordo de Não Persecução Penal

O acordo de não persecução penal, incluído pelo Pacote Anticrime, tem o objetivo de prevenir o ajuizamento de ações penais, processos criminais e sentenças condenatórias. Esse

instituto se alinha a outros mecanismos, como a transação penal para infrações de menor potencial ofensivo (contravenções penais e delitos com pena máxima de até dois anos) e a suspensão condicional do processo para crimes com pena mínima não superior a um ano de prisão. [464]

A intenção dessa medida é promover a justiça restaurativa, reduzindo a quantidade de processos criminais por infrações menores, sem violência ou grave ameaça à pessoa. Isso permite que a polícia, o Ministério Público e o Judiciário foquem em infrações penais mais graves, buscando uma atuação mais eficiente e eficaz.[465]

A seguir o art. 28-A do CPP:

> *art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:*
> *I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;*
> *II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;*
> *III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);*
> *IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou*
> *V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.*
> *§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.*
> *§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:*
> *I – se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;*
> *II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;*

III – ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e
IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.
§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.
§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.
§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.
§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.
§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.
§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.
§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.
§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.
§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.
§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.
§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.
§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

A legitimidade para propor um acordo de não persecução penal é do Ministério Público, ocorre quando o investigado confessa detalhadamente a prática de um crime sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos. Contudo, a exigência de confissão formal para estabelecer o acordo é

questionada, pois pode violar o direito à imunidade contra autoacusação.

As condições para o acordo incluem: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; renúncia voluntária a bens e direitos relacionados ao crime; prestação de serviços à comunidade; pagamento de prestação pecuniária a entidades de interesse social; e cumprimento de outras condições indicadas pelo Ministério Público, desde que relacionadas ao crime cometido.

O ANPP não é aplicável em casos de transação penal, reincidência, habitualidade, profissionalismo no crime, ou delitos envolvendo violência doméstica. Deve ser formalizado por escrito e precisa da assinatura do Ministério Público, investigado e defensor, sendo homologado judicialmente em audiência. Se o acordo não for cumprido, o Ministério Público pode rescindir o pacto e propor denúncia, iniciando o processo penal.[466]

A vítima é informada sobre o acordo e seu eventual descumprimento. O acordo cumprido resulta na extinção da punibilidade do investigado, não gerando antecedentes criminais, exceto para evitar outro acordo num período de cinco anos. Recursos podem ser interpostos ao órgão superior do Ministério Público caso haja recusa em aceitar o acordo.

Por fim, segundo entendimento jurisprudencial recente, importante explicar que o ANPP é inaplicável em crimes de homofobia, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ - AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2607962 - GO). Isso ocorre porque, segundo a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, o STF equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, que possui tratamento rigoroso na legislação brasileira. Crimes de natureza racial, incluindo a homofobia, violam direitos fundamentais de não

discriminação, resguardados pela Constituição e tratados internacionais. Assim, o ANPP não é adequado para esses crimes, já que não atende ao requisito de reprovação e prevenção necessários para garantir a justiça e a proteção de direitos fundamentais.

Ademais, o Código de Processo Penal, em seu art. 28-A, §7º, admite ao juiz recusar a homologação de propostas de ANPP que não atendam aos requisitos legais, como a suficiência da medida para a prevenção do crime, o que reforça a inaplicabilidade do ANPP em casos de homofobia, dada a gravidade desse tipo de crime.

---

370 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

371 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

372 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-6.1

373 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-6.1

374 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-6.2

375 A criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei no 9.099/95) aconteceu a partir da inspiração da Lei n. 7.244/84, o extinto Juizados de Pequenas Causas, assim como o artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988, a partir de tais normas, foi aprovada a Lei Federal n. 9.099, que revogou expressamente a Lei no 7.244/84. O objetivo do JECRIM é o de desafogar o número crescente de demandas judiciárias, bem como resolver os conflitos penais de forma célere e efetiva, sem enviar o réu ao sistema carcerário.

376 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 96.

377 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 96.

378 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 96.

379 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-6.4

380 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-6.4

381 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-6.4

382 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-6.4

383 A CF/88, elenca em seu art. 144 os órgãos de polícia do Estado brasileiro, veja:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

384 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

385 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 55

386 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 55

387 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 55

388 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 135.

389 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 55

390 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 135.

391 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023

392 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023

393 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023

394 CAPEZ, Fernando. O juiz das garantias e suas implicações no processo penal acusatório. **Consultor Jurídico**, 31 ago. 2023. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2023-ago-31/controversias-juridicas-juiz-garantias-implicacoes-processo-penal/] Acesso em: 24 out. 2023.

395 CAPEZ, Fernando. O juiz das garantias e suas implicações no processo penal acusatório. **Consultor Jurídico**, 31 ago. 2023. Disponível em:

[https://www.conjur.com.br/2023-ago-31/controversias-juridicas-juiz-garantias-implicacoes-processo-penal/] Acesso em: 24 out. 2023.

396 CAPEZ, Fernando. O juiz das garantias e suas implicações no processo penal acusatório. **Consultor Jurídico**, 31 ago. 2023. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2023-ago-31/controversias-juridicas-juiz-garantias-implicacoes-processo-penal/] Acesso em: 24 out. 2023.

397 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 135.

398 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 135.

399 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 135.

400 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 135.

401 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 135.

402 NUCCI, Guilherme de Souza**. Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 33

403 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 135.

404 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 135.

405 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

406 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

407 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

408 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 61

409 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

410 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 59

411 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 140

412 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

413 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

414 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

415 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

416 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021,

417 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021,

418 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

419 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

420 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-6.12.

421 MACHADO, Leonardo Marcondes. **Manual do Inquérito Policial**. Belo Horizonte: CEI, 2020

422 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

423 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

424 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 144

425 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

426 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

427 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

428 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

429 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

430 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

431 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

432 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 98

433 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

434 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 67

435 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 52

436 Conforme lição de Mougenot: MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 67

437 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

438 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 67

439 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

440 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 73

441 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

442 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 73

443 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

444 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

445 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

446 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

447 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

448 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

449 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

450 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

451 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

452 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

453 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

454 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

455 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

456 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. **Boletim IBCCrim**, n. 83, p. 14, 1999

457 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

458 Lopes Jr., Aury

Investigação preliminar no processo penal / Aury Lopes Jr., Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 6. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2014.

459 Lopes Jr., Aury

Investigação preliminar no processo penal / Aury Lopes Jr., Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 6. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2014.

460 Lopes Jr., Aury

Investigação preliminar no processo penal / Aury Lopes Jr., Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 6. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2014.

461 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

462 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, RB-3.13

463 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

464 NUCCI, Guilherme de Souza Manual de processo penal e execução penal.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016

465 NUCCI, Guilherme de Souza Manual de processo penal e execução penal.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016

466 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016

9 SUJEITOS PROCESSUAIS

O processo a fim de que alcance seu objetivo final, que é a prestação jurisdicional, deve ter a participação de várias pessoas, que direta ou indiretamente contribuem para a prática de atos processuais. Por seu turno, os atos processuais praticados devem ser comunicados aos sujeitos processuais, a fim de que o processo tenha regular trâmite.

9.1 Sujeitos processuais

Os sujeitos processuais em um processo, podem ser divididos, segundo Mougenot,[467] em: principais (essenciais) e secundários (acessórios, colaterais ou sujeitos processuais em sentido impróprio).

Os sujeitos principais são fundamentais para a existência da relação jurídica processual e incluem o juiz, o acusado e o acusador, formando uma relação triangular.

Por outro lado, os sujeitos secundários participam do processo de maneira incidental e incluem figuras como o assistente da acusação, o terceiro prejudicado ou o fiador do réu.

Além desses, existem terceiros que, embora não sejam parte da relação jurídica processual, contribuem para o seu desenvolvimento, como os auxiliares da justiça, testemunhas e peritos. A classificação desses sujeitos pode variar conforme diferentes autores jurídicos.

9.1.1 Juiz

O juiz é um funcionário do Estado que exerce o poder jurisdicional, conforme a Constituição Federal. O ingresso na

carreira da magistratura, iniciando como juiz substituto, requer um concurso público de provas e títulos, além de experiência jurídica mínima. A movimentação na carreira é feita por promoção, remoção ou permuta, seguindo critérios de antiguidade e merecimento. A Constituição também estabelece órgãos do Poder Judiciário, incluindo tribunais e juízes de diversas especialidades.

Assim, o juiz é sujeito processual, mas não é parte no processo, ao contrário ele deve ser imparcial. Possui a competência de gerir o processo e resolver a lide, por meio da aplicação do direito material penal objetivo, ou seja, a lei é uma direção na convicção do magistrado, de forma que a vontade apresentada na sentença é também a vontade estatal.

Nesse sentido, dispõe o art. 251, incumbe ao juiz garantir a legalidade do processo e manter a ordem durante sua realização, tendo a possibilidade de requerer o auxílio da força policial para tal fim.

Os magistrados recebem garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios para assegurar independência funcional e livre exercício da função jurisdicional. Eles também enfrentam várias vedações para manter a integridade do cargo.

No contexto do processo penal, o juiz deve ser legalmente investido, imparcial e competente para o processo específico. A imparcialidade exige que o juiz não seja influenciado por interesses alheios à aplicação correta da lei. A atividade jurisdicional se desenvolve independentemente de provocação, e o juiz tem vários poderes para assegurar a regularidade do processo.

O princípio da identidade física do juiz determina que o juiz que preside a instrução deve proferir a sentença. Além disso, há regras

específicas para impedimento e suspeição do magistrado, visando preservar sua imparcialidade.[468]

Os arts. 252 a 256 do CPP tratam das causas de impedimento e de suspeição do magistrado.

9.1.2 Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, conforme estabelecido no art. 127 da Constituição Federal. Sua principal função no âmbito penal é promover a ação penal pública, conforme o art. 129, I, da Constituição Federal, sendo a única entidade legitimada para tal. Diferentemente de um acusador comum, o Ministério Público atua como uma "parte imparcial" no processo, zelando pela correta aplicação da lei, atuando como *custus legis,* podendo inclusive atuar em favor do acusado em determinadas situações.

Historicamente, o Ministério Público evoluiu de um defensor dos interesses do Poder Público para uma entidade focada na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa mudança foi consolidada com a Constituição de 1988, que estabeleceu a vedação expressa de representação judicial de entidades públicas ou consultoria jurídica pelo Ministério Público, conforme o art. 129, IX, da Constituição.

Sua atuação abrange tanto a função de fiscal da lei quanto a de parte autora em processos relevantes, especialmente na maioria das ações penais. Além disso, o art. 257 do Código de Processo Penal atribui ao Ministério Público a responsabilidade de fiscalizar a execução da lei e atuar como *custos legis*.

No que tange à sua organização, o Ministério Público é dividido em Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados, com o Procurador-Geral da República e os Procuradores-Gerais de

Justiça atuando como chefes nas respectivas esferas. A Emenda Constitucional n. 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público, para controle administrativo e financeiro da instituição.

Os membros do Ministério Público têm garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, análogas às dos magistrados, para garantir sua independência e imparcialidade. Estão sujeitos a várias vedações, como a proibição de exercer advocacia, participar de sociedade comercial ou atividade político-partidária, conforme estabelecido na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Ministério Público. O Código de Processo Penal prevê a mesma aplicação dos impedimentos e suspeições dos magistrados aos membros do Ministério Público.

> *O mesmo art. 128, em seu § 5º, II, lista vedações aos integrantes da carreira do Ministério Público, a saber: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.*[469]

O princípio do promotor natural assegura que a acusação seja feita por um órgão estabelecido por critérios legais, evitando acusações arbitrárias ou designações ad hoc. Esse princípio é reforçado pelo art. 258 do Código de Processo Penal, que estabelece situações de impedimento e suspeição para os membros do Ministério Público.[470]

De acordo com o art. 257 do CPP, ao Ministério Público cabe: "I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e, II – fiscalizar a execução da lei".

Conforme a regra geral, a ação penal é pública, exceto quando a lei expressamente a declarar privativa do ofendido. Assim, via regra, a ação penal é pública incondicionada, no entanto, existem casos em

que o legislador condicionou "a iniciativa do Ministério Público à existência de uma manifestação positiva de vontade do ofendido ou de seu representante legal, sendo caso, ou do Ministro da Justiça". Na primeira hipótese tem-se denominada ação penal pública condicionada à representação. Na segunda, ação penal pública condicionada à requisição Ministerial.[471]

É possível concluir, portanto, que a ação penal incondicionada ou condicionada, o titular do direito de ação é sempre o Ministério Público. Nos casos "de ações penais privadas, [...] titular do direito de ação é o ofendido ou seu representante legal (sendo caso)". [472]

É possível que o ofendido entre com a ação penal pública, no caso de o Ministério Público quedar-se inerte "no prazo de que dispõe para a exteriorização de sua convicção a respeito dos fatos, hipótese em que teremos a ação penal privada subsidiária da pública (CF, art. 5º, LIX; CPP, art. 29; CP, art. 100, § 3º)".[473]

Nas ações penais públicas, o representante do Ministério Público (*dominus litis*), ou seja, titular da ação penal, atua como parte, eis que sujeito da relação processual, ainda nesse caso, seu interesse deve ser nos limites estritos da lei.

9.1.3 Acusado

O acusado no processo penal, também denominado réu ou imputado, é a pessoa a quem se atribui a prática de uma conduta considerada criminosa. Na ação penal de iniciativa privada, essa figura é conhecida como querelado. Em geral, o acusado é uma pessoa física, embora a Lei nº 9.605/98, com base no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, preveja a possibilidade de imputabilidade penal de pessoas jurídicas.

Ademais, o STF e STJ já consolidaram orientação sobre a possibilidade de pessoa jurídica ocupar a posição de ré em processo

penal por crime ambiental, como exemplo: STF, 1ª T., RE 548.181, Rel. Min. Rosa Weber, j. 6.8.2013, DJe-213, 30.10.2014 e RE 628.582 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 6.9.2011.

A capacidade de ser réu está limitada àqueles contra os quais se pode deduzir uma pretensão punitiva estatal. Excluem-se deste rol os menores de 18 anos, sujeitos à legislação especial, e aqueles com imunidades específicas, como parlamentares e diplomatas.

Conforme o art. 259 do Código de Processo Penal, a identificação correta do acusado é essencial, mas a dificuldade na identificação não impede o prosseguimento da ação penal. O Código também estabelece, no art. 260, a possibilidade de condução coercitiva do acusado por autoridade competente, embora haja limitações quanto a esta prática.

O acusado no processo penal possui uma série de direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal e reforçados por tratados internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Segundo leciona Mougenot[474], esses direitos incluem:

1. Respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF).
2. Processamento e julgamento por autoridade competente (art. 5º, LIII, CF).
3. Não ser privado da liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).
4. Direito ao contraditório e ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).
5. Presunção de inocência até trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF).
6. Direito à não identificação criminal em certas condições (art. 5º, LVIII, CF).

7. Direito a julgamento público, respeitando a intimidade e interesse social (art. 5º, LX, CF).
8. Prisão apenas em flagrante ou por ordem judicial fundamentada, exceto em casos específicos (art. 5º, LXI, CF).
9. Direito a ser informado de seus direitos em caso de prisão (art. 5º, LXIII, CF).
10. Direito ao silêncio, sem que isso implique confissão ou prejuízo (art. 186, CPP e art. 5º, LXIII, CF).
11. Direito a citação e intimação dos atos processuais.
12. Direito à liberdade provisória, nos casos previstos em lei (art. 5º, LXVI, CF).
13. Direito de conhecer os responsáveis pela prisão ou interrogatório (art. 5º, LXIV, CF).
14. Direito à assistência de tradutor, se necessário (art. 223, CPP e art. 5º, LV, CF).
15. Direito de não ter provas ilícitas admitidas contra si (art. 5º, LVI, CF).
16. Direito de não se autoincriminar (art. 5º, LXIII, CF).
17. Direito à assistência jurídica gratuita, se não tiver recursos (art. 6º, LXXIV, CF).
18. Direito a um processo de duração razoável e com tramitação célere (art. 5º, LXXVIII, CF).

Estes direitos, considerados direitos fundamentais, são complementados pelo disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que assegura que os direitos fundamentais não se limitam àqueles expressamente listados na Constituição. A violação de qualquer desses direitos fundamentais pode ser contestada por meio de habeas corpus ou mandado de segurança.[475]

9.1.4 Defensor

O direito de defesa, consagrado no art. 5º, LV da Constituição Federal, garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes a ela. Esta garantia, conforme explica Scarance, abrange o direito à defesa durante todo o processo e o direito de autodefesa, com a defesa e o contraditório sendo manifestações do devido processo legal.

O direito de defesa é amplo e inclui: a escolha e contratação de um defensor de confiança; o exercício da autodefesa; e a garantia irrenunciável à presença de uma defesa técnica efetiva. Este direito é tão fundamental que o art. 261 do CPP estabelece que nenhum acusado pode ser processado ou julgado sem um defensor. Caso o acusado não escolha um defensor, o juiz nomeará um para atuar em sua defesa, embora o acusado possa contratar outro defensor se desejar. Além disso, o art. 396-A do CPP prevê a nomeação de um defensor se o acusado, após citação regular, não apresentar sua defesa escrita.

A defesa técnica efetiva é considerada indispensável para a validade do processo, e sua ausência é vista como uma quebra da garantia constitucional, podendo levar à nulidade do processo. Nesse contexto, é responsabilidade do juiz garantir que o acusado não esteja indefeso, nomeando outro profissional se necessário.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, enfatizando a importância da presença efetiva de defesa substancial, e não apenas formal, no processo penal. A ausência de defesa técnica efetiva, mesmo quando o acusado é representado por um advogado constituído por ele, pode comprometer gravemente seu *status libertatis*.

A Súmula 523 do STF estabelece que a falta de defesa constitui nulidade absoluta no processo penal, e sua deficiência só anula o processo se houver prova de prejuízo para o réu.

Embora a defesa técnica seja indisponível, a autodefesa é renunciável. O acusado pode permanecer em silêncio durante o interrogatório, não comparecer às audiências ou deixar de postular pessoalmente, sem que isso cause nulidade do processo, a menos que tal ausência seja devido a um obstáculo ilegalmente imposto pelo juiz.[476]

No processo penal, o defensor, seja ele um advogado constituído ou um defensor dativo, desempenha um papel crucial. De acordo com o art. 133 da Constituição Federal, o advogado é essencial para a administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. A indispensabilidade do defensor implica que nenhuma parte pode ser processada sem a assistência de um advogado, conforme estipula o art. 5º, LXXIV da Constituição Federal, que assegura assistência jurídica integral e gratuita aos economicamente necessitados.

O Código de Processo Penal (CPP) no art. 261, estabelece que nenhum acusado pode ser processado ou julgado sem defensor. Caso o réu não tenha um defensor constituído, o juiz nomeará um advogado dativo conforme o art. 263 do CPP. Esta nomeação de defensor dativo é obrigatória quando o réu comparece ao processo sem defensor, garantindo assim o equilíbrio e a justiça no processo penal.

O direito à ampla defesa, segundo Claus Roxin[477], requer um defensor que atue exclusivamente em favor do acusado, como contraponto ao juiz e ao promotor. Esse direito inclui a autodefesa e a defesa técnica, sendo a última exercida por um advogado

habilitado e indispensável, não podendo ser dispensada pelo acusado.

A Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal reconhece que a falta de defesa constitui uma nulidade absoluta no processo penal, e que a deficiência da defesa só anula o processo se houver prejuízo comprovado para o réu.

Os defensores podem ser constituídos, mediante procuração, ou dativos, nomeados pelo juiz. O CPP, no art. 266, dispõe sobre a constituição de advogado, que pode ser feita por instrumento procuratório ou por indicação no momento do interrogatório. A lei exige poderes especiais para a prática de certos atos, como oferecer queixa-crime ou aceitar perdão.

O STF já decidiu que a nomeação de defensor dativo é permitida e não viola os princípios da ampla defesa e do "Defensor Público natural", desde que a atuação do defensor dativo seja ativa e efetiva.

O CPP, no art. 261, parágrafo único, exige que a defesa técnica, seja por defensor público ou dativo, seja sempre fundamentada. O art. 252 do CPP impede que parentes do juiz atuem como defensores, e com o advento do novo Código Civil, a nomeação de curador ao acusado por motivo de idade não se aplica mais.

O não comparecimento justificado do defensor pode resultar no adiamento da audiência. A lei estabelece que o defensor não pode abandonar o processo sem motivo imperioso e prévia comunicação ao juiz, sob pena de multa e sanções cabíveis.

A atuação do defensor é crucial no processo penal, assegurando a garantia da ampla defesa e o equilíbrio no processo.[478]

9.1.5 Assistente

No processo penal, o assistente de acusação é um sujeito processual que se caracteriza por sua atuação complementar à do

Ministério Público em ações penais públicas. De acordo com o Código de Processo Penal, o ofendido ou seu representante legal pode intervir como assistente do Ministério Público, função esta que também pode ser exercida pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do ofendido, caso este ou seu representante legal estejam impossibilitados.

Existe ampla dissensão na doutrina sobre a natureza jurídica da posição ocupada pelo assistente. Mougenot cita cinco correntes principais:

a) uma primeira corrente o equipara à parte, atuando como se querelante fosse, embora em princípio não legitimado para a propositura da ação penal;

b) para uma segunda corrente, o assistente seria mero auxiliar da acusação, não se equiparando sua posição à de parte processual;

c) uma terceira corrente o qualifica como substituto processual, atuando, em certas situações, na defesa de direito alheio;

d) para uma quarta corrente, o assistente é parte adesiva e, quando intervém no processo ao lado do Ministério Público, dá origem a um litisconsórcio ativo;

e) por fim, uma quinta corrente o considera parte contingente, havendo processo mesmo que ninguém se habilite como assistente.

Entendemos que o assistente é parte contingente, pois a lei faculta a sua intervenção no processo, sendo entretanto totalmente dispensável a sua presença no juízo. Intervindo ou não, o processo existirá validamente.

A assistência só será possível nas ações penais públicas, condicionadas ou incondicionadas, não se podendo falar em assistência em ação penal privada. Isso porque a única

> *hipótese admissível de assistência no processo penal é a do ofendido à acusação, não se concebendo, assim, a assistência do ofendido a si mesmo.*[479]

A participação do assistente de acusação no processo penal é condicionada à aprovação do Ministério Público. Uma vez formulado o pedido de intervenção, o Ministério Público deverá ser ouvido, e o juiz proferirá uma decisão que admitirá ou não o assistente. Importante ressaltar que desta decisão não cabe recurso, mas o pedido e a decisão devem ser registrados nos autos do processo.

No entanto, a jurisprudência admite a impetração de mandado de segurança contra a decisão que negou o ingresso do assistente de acusação, lembre-se que MS não é recurso, mas ação autônoma.

Quanto ao momento da admissão, o assistente só pode ser admitido enquanto a sentença não transitar em julgado, e, ao ser admitido, receberá a causa no estado em que ela se encontrar.

As permissões concedidas ao assistente, conforme estabelece o art. 271 do Código de Processo Penal, são:

1. Propor meios de prova, sendo que o juiz decidirá sobre a realização das provas propostas após ouvir o Ministério Público.
2. Requerer perguntas às testemunhas.
3. Aditar o libelo (denúncia) e os articulados.
4. Participar do debate oral.
5. Arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público.
6. Arrazoar os recursos interpostos por ele mesmo, nos casos específicos previstos nos arts. 584, § 1º, e 598 do CPP.

O prazo para o assistente de acusação habilitado nos autos apelar é de 5 (cinco) dias, contados depois da sua intimação da sentença, e findo o prazo para o Ministério Público apelar. Incidência do

enunciado da Súmula n.º 448 do STF. STJ. 5ª Turma. HC 237574/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 13/11/2012.

Assim, o prazo para o ofendido (ou sucessores) apelar contra a sentença, se já estava habilitado como assistente: 5 dias (art. 593 do CPP); se ainda não estava habilitado no processo: 15 dias (art. 598, parágrafo único, do CPP).

Caso o assistente, após ser devidamente intimado, não compareça aos atos de instrução ou de julgamento e não justifique sua ausência por motivo de força maior, o processo prosseguirá normalmente, sem necessidade de nova intimação.

Essa figura processual exerce um papel relevante, de maneira especial em casos que envolvem interesses pessoais do ofendido, proporcionando um reforço à acusação e assegurando que todos os aspectos relevantes do caso sejam devidamente considerados.

9.1.6 Órgãos Auxiliares da Justiça

Os órgãos auxiliares da justiça exercem um papel crucial na administração da justiça, atuando ao lado do juiz e auxiliando-o ao longo do curso do processo. Embora não sejam partes essenciais no processo em termos de postulação de direitos, sua atuação é fundamental para o adequado funcionamento da atividade jurisdicional. Estes auxiliares são abordados no Código de Processo Penal sob as categorias de funcionários da justiça e peritos e intérpretes.

Conforme dicção do art. 274 do Código de Processo Penal, existe uma discussão doutrinária sobre a distinção entre funcionários da justiça e serventuários. Contudo, a interpretação que mais se coaduna é de que ambos os termos são sinônimos, já que a legislação confere um tratamento uniforme a ambos. Estes profissionais são funcionários públicos que ocupam cargos definidos

por lei, com denominações próprias, e têm a função de auxiliar o juiz no decorrer do processo.

Entre os auxiliares da justiça, encontram-se:

1. O escrivão, que lidera o cartório judicial.
2. Os escreventes, que são auxiliares do escrivão.
3. O distribuidor, responsável pela distribuição dos processos no juízo.
4. O oficial de justiça, incumbido de realizar citações, intimações, prisões e outras diligências designadas pelo juiz.
5. O contador e o partidor, encarregados de calcular as penas e as custas processuais.
6. O depositário público, responsável pela guarda de objetos apreendidos ou sequestrados.
7. Os auxiliares dos cartórios.
8. O porteiro dos auditórios, encarregado de anunciar a abertura das audiências.

Os atos praticados por esses auxiliares durante o exercício de suas funções são revestidos de fé pública, presumindo-se a veracidade de suas declarações até que se prove o contrário.

Além desses auxiliares permanentes, existem os chamados auxiliares eventuais da justiça, como peritos e intérpretes, que são convocados para atuar em casos específicos, conforme a necessidade do processo. Estes profissionais não atuam em todos os processos, mas sua participação é essencial em situações que demandam conhecimento técnico especializado ou habilidades específicas de tradução e interpretação.[480]

9.1.7 Peritos, Intérpretes

Os peritos e intérpretes são sujeitos processuais, não são partes, não possuem interesse no desfecho da lide. Eles são escopo de normatização pelo CPP do art. 275 ao 281. Art. 275. O perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária. Art. 276. As partes não intervirão na nomeação do perito.

O perito é um *expert,* um especialista em determinado assunto, que ampara o juiz quando este não possui a expertise suficiente para elucidar um algum fato importante para a resolução da lide penal.

A expertise não se confunde com a formação especifica na área que se realizará a perícia, com efeito o STJ já decidiu que o fato de o perito não ter formação específica na área do exame realizado não provoca a nulidade do laudo:

> *[...] Em suma, a falta de formação específica na área do exame não provoca a nulidade do laudo; quando muito, pode conduzir a defesa a criticar, de maneira consistente, o resultado dos trabalhos, cabendo ao juiz valorar a prova técnica produzida e formar sua convicção pela livre apreciação do conjunto probatório, em decisão judicial devidamente motivada. STJ. 6ª Turma. REsp 1383693/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 18/12/2014.*

Outro ponto importante, é a necessidade de realizar a distinção entre o perito oficial e o não oficial. O perito oficial é um funcionário do estado, concursado ou contratado temporariamente para exercer aquela função, por ex. médico-legista da polícia civil; já o perito não oficial é nomeado pelo juiz para aquela perícia específica e não faz parte de nenhuma carreira do estado.

Nos termos do art. 265 do CPP, "perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária", isso quer dizer que a partir do momento que aceita a nomeação do juiz o perito recebe o *status* de funcionário público e por esta razão os crimes contra a Administração Pública previstos no Código Penal são aplicados ao perito não oficial, como se funcionário público fosse.

Quando nomeado pela autoridade judicial, o perito é obrigado a aceitar o trabalho, exceto em casos onde apresente uma justificação válida para recusar. Esta obrigatoriedade é semelhante à imposta ao defensor dativo, incluindo a penalidade de multa para os que não cumprirem, conforme estipulado:

> *Art. 277. O perito, quando nomeado pela autoridade, deverá aceitar o encargo, sob pena de multa variando de cem a quinhentos mil-réis, salvo se houver motivo justificável para a recusa.*
> *Parágrafo único. Incorrerá na mesma multa o perito que, sem justa causa, provada imediatamente: a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade; b) não comparecer no dia e local designados para o exame; c) não der o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita, nos prazos estabelecidos.*

Ademais, é importante destacar que existem outras obrigações que o perito deve cumprir para evitar a imposição da mesma multa citada no art. 277. Estas responsabilidades adicionais estão detalhadas no parágrafo único do mesmo artigo, cuja transcrição se encontra no parágrafo anterior.

Os intérpretes, como auxiliares do judiciário, têm a função de traduzir documentos em idiomas estrangeiros para o português e facilitar a comunicação entre o juiz e pessoas que não falam a língua nacional, seja por serem estrangeiras, seja por limitações físicas ou psicológicas, como no caso de surdos-mudos. De acordo com a legislação específica (art. 281 do Código de Processo Penal), as normas que regem a atuação dos peritos também se aplicam aos intérpretes.[481]

---

467 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

468 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

469 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 281

470 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

471 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação,2021, p. 281

472 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 281

473 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 281

474 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

475 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

476 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 281

477 ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 132.

478 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

479 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 279

480 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

481 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

10 AÇÃO PENAL

O crime, que afeta direitos individuais e sociais, obriga o Estado a exercer seu poder-dever de punição. Apesar disso, para garantir que esta punição não seja arbitrária e respeite as garantias individuais, é essencial uma fase de apuração que assegura ao acusado o direito de defesa, o contraditório e a produção de provas. Isso leva à ação penal, o procedimento inicial para solicitar ao Estado a imposição de uma sanção por violação de uma norma penal.[482]

Sobre as teorias da ação, importante as lições de Badaró.

De fato, as teorias autonomistas distinguem o direito de ação (processual) do direito subjetivo (material) discutido no processo. Essas teorias consideram o direito de ação como concreto, existente apenas se houver também um direito material no caso julgado. Wach introduziu a ideia de que o direito de ação é o direito a uma sentença favorável, dependente de certos requisitos do direito material e exercido contra o Estado e o réu. [483]

Chiovenda, por outro lado, descreveu o direito de ação como um poder jurídico que ativa a máquina jurisdicional do Estado para gerar um efeito jurídico contra o adversário. Segundo essa teoria, a ação é um poder dirigido contra o réu, e sua existência depende de uma sentença favorável. Apesar de reconhecer a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, as teorias autonomistas enfrentam críticas semelhantes às das teorias imanentistas, especialmente em casos de sentenças de improcedência e pedidos de tutela meramente declaratória negativa, onde o direito material não

existe e, consequentemente, questiona-se a existência do direito de ação.[484]

10.1 Fundamento

O processo, portanto, é fundamentado constitucionalmente pelo artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal, que garante o direito de solicitar ao Poder Judiciário a aplicação do direito penal a uma situação específica, proibindo a exclusão do Poder Judiciário em casos de lesão ou ameaça de direito.[485]

> *Nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída, pela lei, da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). O direito de ação encontra-se guarnecido pela Constituição Federal e, na área criminal, significa o poder de pedir ao juiz a aplicação da lei ao caso concreto, tratando-se da prática de infração penal. A legitimidade ativa é somente do Ministério Público (ação pública) e do ofendido (ação privada). Não há, no Brasil, ação penal popular, no sentido de que qualquer pessoa do povo possa ingressar com demanda criminal contra outrem perante o Poder Judiciário.*[486]

10.2 Conceito e natureza jurídica e legitimidade da ação penal

Direito de ação é o direito subjetivo de invocar a prestação jurisdicional do Estado com o intuito de que aplique o direito penal objetivo a um caso concreto, do mundo real.

> *A prática de um fato tipificado como ilícito penal movimenta do plano abstrato para o concreto o jus puniendi que pertence ao Estado, e a pena criminal correspondente ao delito só pode ser aplicada por meio do processo, cuja instauração reclama o efetivo exercício do direito de ação; o oferecimento da inicial acusatória em juízo.*[487]

Assim, a "ação penal é o direito do Estado-acusação ou do ofendido de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto". [488]

Leciona Mirabete, que ação no processo penal é "o poder-dever de punir, só se realiza pelo exercício do *jus persequendi*".[489]

O direito de ação, um direito subjetivo de natureza processual, é considerado um direito público subjetivo essencial dentre os direitos e garantias fundamentais. Suas características incluem:

1. Natureza pública: Como a prestação jurisdicional buscada é uma atividade do Poder Judiciário, o direito de ação é intrinsecamente público.
2. Caráter subjetivo: Permite que qualquer pessoa possa reivindicar sua demanda em juízo, solicitando a atuação do Estado na prestação jurisdicional.
3. Autonomia: O direito de acionar o Judiciário é independente do direito material que se busca tutelar.
4. Abstração: Existe independentemente da infração e não está vinculado ao resultado do processo. Sua existência não depende da procedência ou não da ação. Como destaca Fenech, "no processo regido pelo princípio acusatório, a ação penal é indispensável para a emissão de uma sentença sobre o mérito, mas nem toda ação implica o direito de chegar a essa sentença".[490]

Além disso, uma vez que o fato gerador da ação é verificado, o direito de ação é caracterizado como:

1. Determinado: Está intrinsecamente ligado a um caso concreto.
2. Específico: Delimitado pelo fato em questão.[491]

Segundo Nucci, a natureza jurídica da ação penal se revela no "desdobramento natural do devido processo legal, exigindo para que o Estado faça valer a sua pretensão punitiva contra qualquer criminoso". [492]

A legitimidade ativa para propositura da ação penal vai depender do tipo de ação penal, o MP é titular da ação penal pública,

condicionada ou incondicionada, nos termos do art. 129, I da CF e art. 257 do CPP. O ofendido é o titular da ação penal privada nos termos do art. 5º, LIC, CF e arts. 29 e 30 do CPP.

10.2.1 Condições da Ação

No âmbito do direito processual, as "condições da ação" referem-se aos requisitos necessários para que uma ação penal possa ser validamente processada. Estas condições incluem:

a) Possibilidade Jurídica do Pedido: No processo penal, um pedido é juridicamente possível quando a conduta imputada ao acusado é, em tese, típica. Isso significa que o processo penal é viável apenas diante de uma aparência de tipicidade da conduta. Se alguém for acusado de uma conduta atípica, como furto de uso ou incesto, a denúncia deve ser rejeitada. Além disso, se o fato não constituir um crime, como atos infracionais cometidos por menores de 18 anos, o pedido também é considerado juridicamente impossível. Outras condições, como a extinção da punibilidade, podem igualmente tornar o pedido impossível (art. 277 do CPP).

b) Interesse de Agir: O interesse de agir está relacionado à presença de elementos mínimos que permitam ao juiz concluir sobre a plausibilidade da acusação. Isso inclui indícios de autoria e prova da existência do crime imputado. A falta desses elementos pode ser motivo para rejeitar a acusação com base na falta de justa causa para a ação penal (art. 395, III, do CPP).

c) Legitimidade *Ad Causam* Ativa e Passiva: A legitimidade ativa para propor ação penal depende do tipo de ação (pública ou privada) e pode ser exercida pelo Ministério

Público, ofendido, ou outras pessoas especificadas pelo CPP. Na legitimidade passiva, apenas os maiores de 18 anos à época da infração podem ser sujeitos passivos do processo criminal. Os menores de 18 anos são inimputáveis e sujeitos ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

d) Condições Especiais da Ação ou Condições de Procedibilidade: Essas condições se aplicam a determinadas ações penais, como a necessidade de representação da vítima em certos crimes (art. 147, parágrafo único, do CP) ou a exigência de requisição do Ministro da Justiça para processar o Presidente da República por crimes contra a honra (art. 145, parágrafo único, do CP).

e) Condições Objetivas de Punibilidade e Escusas Absolutórias: Estas condições são elementos externos ao fato delituoso que afetam a punibilidade. Por exemplo, em crimes falimentares, a punibilidade é vinculada à decretação da falência (art. 180 da Lei 11.101/2005). As escusas absolutórias referem-se a situações onde, apesar da ocorrência do crime, não se impõe pena devido a circunstâncias pessoais do agente, como no furto cometido por um descendente contra um ascendente menor de 60 anos (art. 181, II, c/c o art. 183, III, do CP).

f) Justa Causa: A justa causa para a ação penal representa uma condição essencial para sua viabilidade, distinta das condições da ação presentes no processo civil. Originalmente, a justa causa era interpretada como a necessidade de descrição de um fato típico na denúncia ou queixa, conforme o revogado art. 43, caput, I, do CPP. Entretanto, tal concepção se mostrou insuficiente devido à natureza infamante do processo penal e à penalidade

implícita no simples fato de ser processado. Assim, a noção de justa causa evoluiu para exigir um suporte probatório mínimo, que demonstre a viabilidade da ação penal. Isso significa a existência de evidências que indiquem a materialidade do crime e a autoria delitiva. A ausência desses elementos ou a falta de "probable cause" justifica a rejeição da denúncia e pode caracterizar constrangimento ilegal, cabendo habeas corpus para o trancamento da ação penal. Essa exigência visa prevenir que acusações infundadas prossigam, considerando o peso social e moral de um processo penal. Para a condenação, é necessário um alto padrão de prova, enquanto para iniciar a ação penal, basta um grau probatório menor, diferenciando-se em relação à materialidade do crime e à autoria delitiva. Em relação à autoria, são necessários indícios suficientes que apontem para a probabilidade da participação do acusado no delito. Quanto à existência do crime, é preciso ter certeza da ocorrência de um fato típico, ainda que a comprovação da materialidade delitiva para a justa causa não exija necessariamente um exame de corpo de delito, conforme o art. 158 do CPP. Adicionalmente, a justa causa deve ser considerada sob uma perspectiva prospectiva, avaliando a possibilidade de incremento probatório durante a instrução. Se a investigação preliminar esgotou as fontes de prova sem atingir a certeza necessária, a denúncia deveria ser rejeitada. Quanto ao enquadramento doutrinário da justa causa, há divergências. Alguns a veem como parte do interesse de agir, outros como uma condição autônoma da ação penal ou mesmo como algo distinto das condições da ação. O art. 395 do CPP distingue entre

> "condições para o exercício da ação penal" e "justa causa para o exercício da ação penal", sugerindo que a justa causa seja uma categoria distinta. Praticamente, se faltarem indícios suficientes de autoria ou prova da materialidade delitiva, a ação penal é inviável e a denúncia ou queixa deve ser rejeitada conforme o art. 395, III, do CPP. A denúncia ou queixa será rejeitada se não descrever um fato aparentemente típico, se a punibilidade estiver extinta, se faltar legitimidade ao autor ou se não houver prova do crime ou indícios de autoria.[493]

Aury Lopes Jr. não concorda com a classificação civilista das condições da ação, assim, com base no revogado art. 43 e do atual art. 395, o autor defende que são condições da ação penal: a) prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte; d) justa causa.[494]

10.3 Classificação das ações penais

A classificação da ação penal encontra-se no art. 100 do CPP. A ação penal será pública ou privada. A pública se divide em incondicionada e condicionada, ou à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. A ação penal será privada exclusivamente, personalissimamente privada ou privada subsidiária da pública no caso de inércia do MP.

> *CP, art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.*
> *§ 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.*
> *§ 2º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.*
> *§ 3º A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.*
> *§ 4º No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.*

O Código Penal, em sua parte especial, define os tipos de ação penal - privada, pública incondicionada e pública condicionada - para diferentes crimes.

Crimes que exigem queixa do ofendido, como os contra a honra (CP, art. 145, caput), são processados por ação penal privada (CP, art. 100, § 2º), onde o ofendido decide sobre o oferecimento da queixa.

Crimes que procedem mediante representação, como ameaça (CP, art. 147), são de ação penal pública condicionada à representação do ofendido (CP, art. 100, § 1º), dependendo da vontade deste para a denúncia do Ministério Público.

Crimes que só procedem com requisição do Ministro da Justiça, como os contra a honra do Presidente da República (CP, art. 145, parágrafo único), também são de ação penal pública condicionada, mas dependente da requisição do Ministro.

O Código Penal não especifica casos de ação penal pública incondicionada; assim, na ausência de especificação, a ação é pública incondicionada (CP, art. 100, caput e § 1º), e o Ministério Público deve oferecer a denúncia independentemente de qualquer manifestação externa.[495]

Norberto Avena[496] elenca outros tipos de ação penal, veja:

a) Ação penal secundária ocorre quando a legislação determina uma modalidade de ação penal, mas prevê alternativamente outra espécie de ação penal diante de circunstâncias especiais. Por exemplo, o crime de injúria geralmente é processado por meio de ação penal privada (CP, art. 140, caput e 145, caput), mas pode tornar-se uma ação penal pública condicionada à representação em casos específicos, como injúria com elementos referentes à religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência (arts. 140, § 3º, 141, II, c/c art. 145, parágrafo único do CP).

b) A ação penal popular, prevista nos artigos 14 e 41 da Lei 1.079/1950, permite que qualquer pessoa denuncie crimes de responsabilidade de altos funcionários do Estado. Há críticas a essa norma por supostamente contrariar a Constituição de 1988, e parte da doutrina e jurisprudência questiona a viabilidade dessa modalidade de ação penal.

c) A ação penal extensiva, definida no art. 101 do CP, se aplica a crimes complexos, em que a conduta do agente envolve múltiplos delitos. Se um desses delitos, isoladamente, seria processado por ação penal privada e os outros por ação penal pública, prevalece a ação penal pública.

d) A ação de prevenção penal ocorre quando um indivíduo inimputável, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art. 26), comete um crime. A ação penal prossegue com a assistência de um curador (CPP, art. 151), visando à absolvição do réu, mas com a aplicação de medida de segurança (CPP, art. 386, parágrafo único, inciso III, combinado com CP, art. 97).

10.3.1 Ação penal pública

Ação penal pública é o gênero empregado para denominar a ação penal iniciada pelo Ministério Público, o qual detém a legitimidade ativa. Assim, o MP "pode ingressar, livremente, com ação penal pública, quando incondicionada, desde que tenha elementos suficientes para apresentar ao juiz a respeito da materialidade e indícios suficientes de autoria".[497]

A ação penal pública incondicionada, conforme os artigos 24, 1.ª parte, do CPP (Código de Processo Penal) e 100, caput, do CP (Código Penal), é uma modalidade de ação penal iniciada por denúncia do Ministério Público, que busca apurar infrações penais

de relevância social. Nesta forma de ação penal, a iniciativa processual do Ministério Público é independente da vontade da vítima ou de qualquer outro interessado. Essa modalidade é a norma no sistema penal brasileiro, conforme estabelece o art. 100 do CP, e há exceções expressamente previstas em lei, como os casos dos artigos 156, § 1.º, e 163, caput e parágrafo único, inc. IV, do CP.

Com a Lei 12.015 de 2009 e posteriormente a Lei 13.718 de 2018, houve mudanças significativas nos crimes contra a dignidade sexual. Agora, esses crimes são processados por ação penal pública incondicionada, independente da vontade da vítima, especialmente se ela for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, conforme o art. 225 do CP.

Por outro lado, na ação penal pública condicionada, prevista no art. 24, 2.ª parte, do CPP e art. 100, § 1.º, do CP, o interesse público na apuração do crime ainda prevalece, mas a ação depende da manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal. O Ministério Público mantém a exclusividade na propositura da ação penal por meio de denúncia, mas está condicionado à representação ou à requisição do Ministro da Justiça, dependendo do crime.

Alguns doutrinadores reconhecem uma terceira categoria, a ação penal pública subsidiária da pública, porém, esta classificação é controversa. No âmbito do Decreto-Lei 201/1967, a Constituição Federal de 1988 não parece ter recepcionado essa modalidade de ação penal, principalmente devido à violação da autonomia dos Estados. Já no contexto do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965), a ação penal pode ser reclassificada como pública incondicionada, caso haja inércia do agente do Ministério Público inicialmente responsável.[498]

10.3.1.1 Princípios da Ação Penal Pública

A ação penal pública é regida por princípios específicos, incluindo:

1. Princípio da Obrigatoriedade: O Ministério Público é obrigado a ajuizar ação penal quando existem indícios de autoria e prova da materialidade de um fato típico, exceto se há causas extintivas da punibilidade, como morte do agente ou prescrição.
2. Obrigatoriedade Mitigada: Este princípio se aplica a infrações sujeitas aos Juizados Especiais Criminais, onde a transação penal permite ao Ministério Público não propor ação penal, oferecendo ao autor do fato a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, conforme as Leis 9.099/1995 e 10.259/2001 e o art. 98, I da Constituição Federal. Assim também no acordo de não persecução penal, o qual foi introduzido pela Lei 13.964/2019 no art. 28-A do Código de Processo Penal, permitindo ao Ministério Público propor ao investigado um acordo, evitando a ação penal em casos de infrações penais sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos. Outra hipótese é a suspensão da pretensão punitiva, previsto no art. 83 da Lei 9.430/1996 e no art. 87 da Lei 12.529/2011, os quais preveem situações que suspendem a ação penal, como o parcelamento de débitos tributários ou acordos de leniência em crimes contra a ordem econômica. Ainda, cite-se a colaboração premiada, de acordo com o art. 4º da Lei 12.850/2013, há a hipótese da não denúncia do colaborador em crimes de organização criminosa. O termo de ajustamento de conduta ambiental, também é causa de mitigação do princípio, no entanto, a assinatura deste termo não impede a instauração da ação penal, conforme

jurisprudência do STJ (APn 888/DF). As causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade podem, excepcionalmente, justificar o não ajuizamento da ação penal, desde que a presença destas seja inequívoca. Por fim, a inimputabilidade por doença mental não é causa de arquivamento do inquérito, nestes casos, a ação penal é iniciada mesmo contra indivíduos inimputáveis, visando a aplicação de medidas de segurança (art. 26 do CP).

Em resumo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é flexível em certas situações, como nos casos de transação penal, acordo de não persecução penal e situações excepcionais onde causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade são claramente evidentes.[499]

3. Indisponibilidade: O Ministério Público (MP) é obrigado a denunciar ou pedir o arquivamento conforme o caso. Após iniciar o processo, o MP não pode desistir ou dispor da ação penal, como estabelecido nos artigos 42 e 576 do CPP. Isso não se confunde com pedir a absolvição do réu, que é parte do dever do MP de agir com objetividade, impessoalidade e legalidade. Relativização da Indisponibilidade: Com a Lei nº 9.099/95 e outras leis posteriores, observa-se uma tendência de flexibilização do princípio da indisponibilidade, permitindo acordos e negociações no curso do processo penal.
4. Indivisibilidade: Este princípio é aplicado predominantemente na ação penal de iniciativa privada, mas não nos crimes de ação penal pública. Algumas decisões dos tribunais superiores, como o STJ e o STF, têm relativizado esse princípio. A posição dos tribunais permite a divisibilidade da ação penal pública em certas

circunstâncias, especialmente em casos de conexão e continência.

5. Intranscendência: Assim como a pena não pode passar da pessoa do condenado, a acusação não pode transcender a pessoa do imputado. A acusação se limita aos agentes envolvidos no crime, conforme as regras do Direito Penal.[500]

Esses princípios delineiam a natureza e o escopo da ação penal pública, com o MP desempenhando um papel central no processo penal.

10.3.2 Ação penal privada

A ação privada se decompõe "em autenticamente privada (somente a vítima, seu representante legal ou seus sucessores podem ajuizá-la) e subsidiária da pública", [501] e ação penal privada personalíssima.

No que diz respeito à autenticamente privada (ou exclusivamente privada, como denomina outros autores), insere-se a ação privada personalíssima, "que não admite outra pessoa no polo ativo que não seja o ofendido. Se este falecer, não se pode ingressar com a demanda ou continuar com a que estiver em trâmite (Exemplo disso: art. 236, parágrafo único, CP)".[502]

> *CPP, art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.*

Assim, a ação penal privada, incluindo a ação penal privada subsidiária da ação penal pública, representa uma modalidade específica no direito processual penal brasileiro.

Esta categoria de ação penal é exercida pelo ofendido ou seu representante legal, nos casos em que a legislação não prevê

expressamente a iniciativa pública, e o Ministério Público não apresenta denúncia no prazo legal. Conforme o artigo 29 do Código de Processo Penal (CPP), combinado com o artigo 5º, LIX, da Constituição Federal (CR), a ação penal privada subsidiária da pública pode ser instaurada.

Esta forma de ação penal é assegurada constitucionalmente, mesmo com a previsão do art. 129, I da CR, que estabelece a responsabilidade do Ministério Público em promover, privativamente, a ação penal pública. A Constituição garante esse direito como um dos direitos e garantias individuais.

Além disso, existe a ação penal privada personalíssima, aplicável exclusivamente ao crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, conforme o art. 236 do Código Penal (CP). Esta ação difere da ação penal exclusivamente privada, pois é um direito intransferível e personalíssimo do "contraente enganado", conforme estabelecido no parágrafo único do art. 236 do CP. Diferentemente da ação penal exclusivamente privada, onde pode haver representação legal (CPP, art. 30) ou sucessão por morte ou ausência (CPP, arts. 31 e 36, c.c. CP, art. 100, § 3º), na ação penal privada personalíssima, tais possibilidades não existem.[503]

Ademais a representação por advogado ou defensor em ação penal privada, deve se dar por meio de um procurador com poderes especiais, além de atender ao disposto legal, é uma prática cautelosa, considerando as possíveis consequências sérias para o querelante, incluindo responsabilidade criminal por falsas imputações. Conforme Espínola Filho, é fundamental que o mandato do procurador contenha poderes específicos para evitar excessos prejudiciais ao outorgante.[504]

O artigo 44 do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que a queixa pode ser oferecida por um procurador com poderes especiais,

que devem incluir o nome do querelado e a descrição do fato criminoso, embora uma descrição detalhada do fato não seja necessária. Falhas na procuração podem ser corrigidas, mas dentro do prazo decadencial para o ajuizamento da ação. Veja:

> *CPP- Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.*

Eventuais omissões na procuração em ação penal privada podem ser sanadas a qualquer momento, mas sempre dentro do prazo decadencial. Além disso, se o querelante assina a queixa-crime juntamente com o advogado, isso demonstra sua concordância com a acusação, o que pode tornar irrelevantes as irregularidades na procuração.

Ademais, a jurisprudência do STJ é firme sobre a desnecessidade de descrição pormenorizada do fato criminoso:

> *PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUEIXA-CRIME. CRIME CONTRA A HONRA. PROCURAÇÃO. MENÇÃO AO DELITO SUPOSTAMENTE COMETIDO E AO DISPOSITIVO LEGAL. SUFICIÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.*
> *1. "A procuração outorgada pelo querelante ao seu advogado, para fins de ajuizamento de queixa-crime, não requer a descrição pormenorizada do fato criminoso, bastando, no dizer do art. 44 do CPP, a menção a ele, a qual se perfaz tanto com a indicação do artigo de lei como do nomen juris do crime no qual incidiram, em tese, os querelados" (RHC n. 69.301/MG, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 2/8/2016, DJe 9/8/2016).*
> *2. Na espécie, a procuração foi outorgada a advogado, especificando poderes para atuar na ação movida contra o agravante pelo fato de ele ter incorrido no crime de injúria descrito no artigo 140 do Código Penal, requisitos esses suficientes para fins do art. 44 do CPP.*
> *3. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no RHC n. 167.802/DF, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023.)*

O objetivo do legislador com estas regras não é criar obstáculos para o exercício do direito de ação, mas garantir a clareza nos limites

do mandato para proteger tanto o outorgante quanto o outorgado.[505]

10.4 Representação da vítima

A representação da vítima nos crimes de ação penal pública condicionada, conforme é possível denotar, "é a manifestação da vontade do ofendido, pretendendo seja o seu agressor processado criminalmente, autorizando o Ministério Público a ingressar com a ação penal" e, como consequência, autorizando a Autoridade Policial e instruir e prosseguir com o inquérito.[506] A representação é retratável antes de oferecida a denúncia (art. 25, CPP), após o oferecimento da ação penal, haverá renúncia.

A representação pode ser retratada. É cabível, além disso, a retratação da retratação, melhor explicando, "voltar a representar contra o agressor, desde que ainda se encontre dentro do prazo decadencial (seis meses)". Há quem defensa que, uma vez sobrevinda a retratação, não seria mais possível a vítima representar. Teria havido renúncia. Nucci não concorda com tal posição, "pois a renúncia é instituto privativo da ação penal privada".[507]

10.5 Renúncia ao direito de representação ou de queixa

O direito de queixa, inteiramente disponível pelo seu titular, ao contrário da ação penal pública, a qual é indisponível, pode ser atingida pela renúncia." A renúncia consiste em manifestação de vontade do ofendido por meio da qual ele desiste de exercer seu direito de ação".[508]

A renúncia do direito de representação ou de queixa pode manifestar-se de forma expressa ou implícita. No caso de ser implícita, implica a demonstração da ausência de interesse do

ofendido em prosseguir com a ação contra o agressor. Portanto, aceitam-se todos os meios de prova legítimos para evidenciar essa circunstância, como depoimentos de testemunhas, documentos e outros. Trata-se de uma decisão unilateral, que não requer o consentimento da pessoa que cometeu o delito.[509]

Importante observar o entendimento do STF para o art. 16 da Lei Maria da Penha:

> *Lei 11.340/2006, art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.*

A decisão do Plenário do STF acompanhou o voto do Relator, ministro Edson Fachin, emitido no dia 11/08/2023. De fato, audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 tem por finalidade ratificar a retratação, não a representação, e não pode ser designada de ofício pelo juiz

Em seu voto, o ministro afirmou que

> *[...] a função da audiência perante o juiz não é meramente avaliar a presença de um requisito procedimental, mas permitir que a vítima, assistida necessariamente por equipe multidisciplinar, possa livremente expressar sua vontade. [...] Qualquer outra finalidade, ou qualquer estereótipo criado pelo Poder Judiciário para imaginar que a audiência é obrigatória viola o direito à igualdade, porque discrimina injustamente a vítima de violência. A garantia da liberdade só é assegurada se for a mulher quem exclusivamente solicita a audiência. Determinar o comparecimento é, portanto, violar a intenção da vítima; é, em síntese, discriminá-la. (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.267)*

Assim, importante trazer a íntegra da ementa:

> *DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE, INCOMPETÊNCIA E AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. REJEIÇÃO. INTERPRETAÇÃO QUE ADMITE DESIGNAÇÃO DE OFÍCIO DA AUDIÊNCIA DE RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A promoção de melhorias no sistema de justiça condiz com as atribuições ínsitas ao*

Ministério Público, razão pela qual a entidade de classe que representa a integralidade de seus membros tem pertinência temática para propor ação direta em face de dispositivo constante da Lei Maria da Penha. 2. Remanescendo questão constitucional, é cabível a propositura de ação direta para afastar interpretação que já tenha sido rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. A legislação de combate à violência contra mulher deve ser aplicada de maneira estrita, garantido que todos os procedimentos sejam imparciais, justos e neutros relativamente a estereótipos de gênero. 4. O art. 16 da Lei Maria da Penha integra o conjunto de normas que preveem o atendimento por equipe multidisciplinar. Sua função é a de permitir que a ofendida, sponte propria e assistida necessariamente por equipe multidisciplinar, possa livremente expressar sua vontade. 5. Apenas a ofendida pode requerer a designação da audiência para a renúncia à representação, sendo vedado ao Poder Judiciário designá-la de ofício ou a requerimento de outra parte. 6. Ação direta julgada parcialmente procedente, para reconhecer a inconstitucionalidade da designação, de ofício, da audiência nele prevista, assim como da inconstitucionalidade do reconhecimento de que eventual não comparecimento da vítima de violência doméstica implique retratação tácita ou renúncia tácita ao direito de representação. (ADI 7267, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 08-09-2023 PUBLIC 11-09-2023)

A renúncia ao direito de representação ou queixa, conforme o art. 104 do Código Penal, impede o exercício posterior deste direito. A renúncia expressa requer formalização e assinatura pelo ofendido ou seu representante legal com poderes especiais (art. 50 do CPP), enquanto a renúncia tácita ocorre quando o titular da ação se comporta de forma incompatível com o desejo de ajuizá-la (art. 104, parágrafo único, do CP). A prova da renúncia tácita pode ser feita por qualquer meio lícito (art. 57 do CPP). Oferecer queixa-crime somente contra alguns autores do delito implica renúncia tácita aos demais (CPP, art. 48 e 49).[510]

Embora a aceitação de reparação pecuniária geralmente não implique renúncia tácita, há exceção nos casos regidos pela Lei nº 9.099/95, onde o acordo civil homologado resulta em renúncia (art. 74, parágrafo único). A renúncia é unilateral e deve ocorrer antes do início da ação penal. A renúncia ao direito de queixa extingue a punibilidade do autor do delito (art. 107, V, do CP) e é aplicável a todos os coautores do crime (CPP, art. 49). [511]

Qualquer pessoa maior de 18 anos e capaz pode exercer a renúncia. Com o novo Código Civil, não se aplica mais o limite de 21 anos (parágrafo único do art. 50 do CPP). A renúncia pelo particular não impede o Ministério Público de promover ação penal pública principal em casos de ação privada subsidiária.[512]

10.6 Decadência do direito de queixa

Decadência "é a perda do direito de agir pelo decurso do tempo, estabelecida em Lei, provocando a extinção da punibilidade do agente". O prazo, via de regra, é de 6 meses para representar (ação penal pública condicionada) ou para ingressar com a queixa-crime (ação penal privada).[513]

Há, ainda, casos particulares, para os quais a lei fixa prazos diferentes:

> *a) crime contra o casamento, consistente no induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento: o prazo será de 6 meses, porém seu termo a quo será a data em que transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anular o casamento (art. 236, parágrafo único, do Código Penal);*
> *b) crimes contra a propriedade imaterial sujeitos a ação privada exclusiva: o prazo será de 30 dias, contados da homologação do laudo (art. 529, caput, do Código de Processo Penal).*[514]

O prazo decadencial para a ação penal privada é ininterruptível e insuscetível de suspensão.

Segundo Tourinho Filho[515], nem a notificação de crime à polícia nem a abertura de inquérito policial influenciam o período de decadência. É essencial que o querelante considere a necessidade de iniciar e concluir o inquérito policial dentro de seis meses, ou de acordo com outros prazos legais específicos, pois não haverá prorrogação do prazo sob a alegação de que o inquérito não foi concluído.

O direito de queixa é considerado exercido na data em que o processo é distribuído, e não na data da decisão que aceita a peça inicial.

Para a contagem do prazo em situações particulares:

1. Em crimes continuados, cada delito é considerado separadamente para a contagem do prazo.
2. Em crimes habituais, o prazo é calculado a partir do último ato conhecido pelo ofendido.
3. Em crimes permanentes, o prazo começa a partir do momento em que a vítima toma conhecimento do autor do crime, e, se os efeitos da infração persistirem após essa data, considera-se o tempo dos eventos subsequentes.[516]

10.7 Início da ação penal

O início da ação penal ocorre pelo oferecimento da denúncia ou queixa; recebida a peça acusatória pelo juiz, dá-se o ajuizamento da ação.

O MP tem o prazo de quinze dias (réu solto) ou cinco dias (preso) para oferecer denúncia, nos casos de ação pública; extrapolado tal período, permite a lei (art. 29, CPP) que a vítima possa ingressar com ação privada subsidiária da pública. O MP, nessa hipótese, "atua como fiscal da lei, podendo retomar o polo ativo da demanda se o ofendido não a conduzir de forma regular (ex.: deixar de dar andamento ao feito)."[517]

> *CPP, art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.*

O Ministério Público poderá, ainda, promover o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, na forma do art. 28 do

CPP ou oferecer o Acordo de Não Persecução Penal, conforme o art. 28-A do CPP e debate já apresentado anteriormente. Diz o art. 28 do CPP:

> *CPP Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.*

A queixa-crime é a petição inicial na ação penal privada, análoga à denúncia na ação penal pública. É apresentada pelo querelante, que pode ser o ofendido ou seu representante legal, contra o querelado, autor da infração penal. Na elaboração, deve-se atender ao art. 41 do CPP, incluindo endereçamento ao juiz competente, qualificação das partes, exposição do fato com circunstâncias, classificação do crime, pedido de citação e condenação, e rol de testemunhas.[518]

A queixa-crime deve ser redigida em língua nacional, datada, assinada pelo advogado do querelante e oferecida no prazo decadencial de seis meses, contado a partir do conhecimento do autor do delito pelo ofendido. Este prazo aplica-se tanto à ação penal privada comum quanto à subsidiária da pública. [519]

Em caso de falecimento do ofendido, a ação pode ser ajuizada por cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, dentro de seis meses após tomar conhecimento do autor do delito. O prazo é único e não se estende individualmente para cada sucessor. [520]

A denúncia ou a queixa-crime devem conter, sob a pena de inépcia:

> *CPP, art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

Especificidades do prazo incluem, segundo lição de Renato Marcão: [521]

- No crime continuado, o prazo incide sobre cada crime individualmente.
- No crime permanente, conta-se a partir da ciência da autoria pela vítima.
- Nos crimes habituais, inicia-se após o último ato.
- Em crimes contra a propriedade imaterial com vestígios, o prazo é de 30 dias após intimação da homologação do laudo.
- Para o crime previsto no art. 236 do CP, a ação penal só pode ser iniciada após a anulação do casamento.

Este prazo é fatal e não pode ser suspenso ou prorrogado, contando-se inclusive sábados, domingos e feriados. A contagem segue a regra do art. 10 do CP, incluindo o dia do começo e excluindo o dia final.

Há um debate acirrado sobre o momento exato em que a denúncia ou queixa é efetivamente recebida no processo penal, especialmente após a Lei n. 11.719/2008. A questão central é se o recebimento ocorre no momento do despacho inicial pelo juiz após a apresentação da acusação (art. 396 do CPP)[522] ou apenas após a resposta escrita do acusado (art. 399 do CPP).

Segundo um entendimento, o juiz, ao analisar a inicial acusatória, deve verificar se ela atende aos requisitos formais e se há justa causa, podendo rejeitá-la liminarmente conforme o art. 395 do CPP. Se não houver motivos para rejeição, o juiz deve receber a denúncia ou queixa e ordenar a citação do acusado. Este entendimento sustenta que a lei determina o recebimento da denúncia já no art. 396 do CPP e que a formação completa do

processo inclui a acusação, o recebimento formal pelo juiz, e a citação do réu.[523]

Por outro lado, há quem argumente que o recebimento efetivo da inicial acusatória só ocorre após a resposta escrita do acusado, conforme o art. 399 do CPP. Esta visão sugere que o juiz pode rejeitar a denúncia ou absolver sumariamente o acusado após analisar os argumentos da defesa na resposta escrita. Veja:

> *[...] oferecida a denúncia ou queixa e se não houver imediata rejeição, por aplicação do disposto no artigo 395 do Código de Processo Penal, o juiz determinará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, em dez dias. Somente depois disso é que o juiz poderá receber a inicial (artigo 399), caso não a rejeite à luz dos novos argumentos ou não absolva o acusado com fundamento em alguma das causas previstas no artigo 397 do mesmo estatuto.*[524]

Essa discussão tem implicações práticas importantes, influenciando a forma como os processos penais são conduzidos, especialmente diante da contagem do prazo prescricional, visto que o recebimento da denúncia é marco interruptivo da contagem do prazo prescricional.

10.8 Desistência da ação penal

No caso de ação penal pública, vige o princípio da ação penal, assim, o MP pode até pleitear pela absolvição do réu, diante das provas produzidas, mas não pode desistir da ação penal.

Assim, da mesma maneira que o ajuizamento da ação penal pública, quando presente a justa causa, é obrigatório, não pode o Ministério Público desistir da demanda durante o seu curso,[525] art. 42, CPP, "O Ministério Público não poderá desistir da ação penal".

No caso da ação penal privada, a desistência recebe o nome de renúncia, conforme explicado alhures.

10.9 Perdão do ofendido

O perdão deve ser concedido após a instauração da ação penal e antes que a sentença condenatória transite em julgado. Trata-se de um ato bilateral, que exige a concordância tanto do querelante quanto do querelado, podendo ser expresso ou tácito. Seguindo o princípio da indivisibilidade, o perdão estendido a um dos querelados beneficia todos os envolvidos no caso. A ausência de resposta do querelado será interpretada como aceitação do perdão oferecido.[526]

> *CPP, art. 57. A renúncia tácita e o perdão tácito admitirão todos os meios de prova.*
> *CPP, art. 58. Concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação.*
> *Parágrafo único. Aceito o perdão, o juiz julgará extinta a punibilidade.*

10.10 Perempção

A perempção ocorre quando a ação penal não é conduzida adequadamente devido à inação de seu titular. O Código de Processo Penal (CPP), no artigo 60, estabelece quatro situações que levam à perempção:

1. Se o querelante, após iniciar a ação penal, deixar de movimentá-la por 30 dias seguidos sem justificativa;
2. No caso de morte ou incapacidade do querelante, se nenhuma das pessoas habilitadas para dar continuidade ao processo aparecer em juízo no prazo de 60 dias;
3. Se o querelante faltar, sem justificativa válida, a qualquer ato processual onde sua presença é obrigatória, ou não pedir a condenação do acusado nas alegações finais;
4. Se o querelante for uma pessoa jurídica e se extinguir sem deixar sucessor.

Por outro lado, é importante diferencias a perempção da decadência, a qual é a perda do direito de iniciar uma ação penal ou

de representação por não ter sido exercido no prazo legal. Esse prazo é de seis meses, contados a partir do momento em que o titular do direito de queixa ou de representação toma conhecimento de quem é o autor do crime.[527]

10.11 Extinção e suspensão da ação penal

Há a hipótese de suspensão condicional do processo, o qual é diferente dos sursis, que é a suspensão condicional da pena, prevista nos arts. 77 ao 82 do CP.

A suspensão condicional do processo está prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95. Assim, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, ou seja, crimes de competência ou não do JECRIM. O Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os requisitos autorizadores.

A outra hipótese de suspensão da ação penal, está prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal (CPP). Tal artigo estipula que, caso o acusado, citado por edital, não compareça ou nomeie um advogado, o processo e o prazo prescricional serão suspensos.

Em tais casos, o juiz pode ordenar a produção antecipada de provas urgentes e decretar a prisão preventiva, conforme o artigo 312 do CPP. Essa medida visa assegurar que o processo não prossiga sem o conhecimento do acusado e sem defesa técnica, respeitando os princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, garantidos tanto pela Constituição Federal (art. 5º, LIV e LV) quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, item 2, “d”).

A doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que o prazo prescricional não pode ser suspenso indefinidamente para evitar a criação de uma situação de imprescritibilidade, que é inconstitucional. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) formulou a Súmula 415, determinando que o período de suspensão do prazo prescricional é limitado pelo tempo máximo da pena prevista para o crime. Portanto, o processo fica suspenso pelo prazo máximo de prescrição da pretensão punitiva estabelecida para o delito, que pode ser de até vinte anos, conforme o artigo 109, I do CP. Após esse período, o prazo prescricional da pena volta a correr.

A ação penal, finda-se, ocorrendo os casos acima mencionados, como a renúncia, o perdão do ofendido ou a perempção ou, ainda, nos casos de extinção da punibilidade, conforme redação do art. 107 do CP:

> *Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
> *I - pela morte do agente;*
> *II - pela anistia, graça ou indulto;*
> *III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;*
> *IV - pela prescrição, decadência ou perempção;*
> *V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;*
> *VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;*
> *IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.*
> *Art. 108 - A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Assim, ocorrendo as hipóteses acima, “a declaração de extinção de punibilidade pode dar-se de ofício, pelo magistrado, a qualquer momento em que seja constatado o seu fato gerador”.

No caso de morte do acusado, art. 107, I, CP, deve-se juntar a certidão de óbito ao processo, “ouvindo-se, sempre, o Ministério Público. Depois de extinta a punibilidade, caso comprovada a falsidade da certidão”, no entendimento de Nucci, não se pode

reiniciar a ação. O autor entende que "tratar-se-ia de evidente revisão em favor da sociedade, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. Há quem admita essa reabertura, afirmando tratar-se a decisão de extinção de punibilidade de mera decisão interlocutória", que somente ocorreria coisa julgada formal", há discordância, "pois declarar não ter o Estado o direito de punir é a finalização de mérito da demanda, produzindo coisa julgada material".[528]

10.11 Ação Civil Ex Delito

No contexto da ação civil decorrente de infrações penais, diversos dispositivos legais são relevantes, incluindo o Código Penal (arts. 91 e 92), o Código de Processo Penal (arts. 63 a 68, 387, IV), o Código Civil (arts. 186, 927 e seguintes) e o Código de Processo Civil (arts. 313 e 509). Essas normas tratam dos efeitos civis das sentenças penais, tanto condenatórias quanto absolutórias, e suas repercussões em ações de natureza civil.

Existem diferentes sistemas que regulam a relação entre processos penais e civis. O "Sistema da Confusão" integra punição e reparação em uma única ação, enquanto o "Sistema da Solidariedade" mantém as ações separadas, mas julgadas conjuntamente. Já o "Sistema da Livre Escolha" permite ao ofendido optar por ajuizar a ação civil independentemente do processo penal, com possibilidade de suspensão pelo juiz civil conforme o art. 313 do CPC.

No Brasil, adota-se o "Sistema da Independência", onde as ações penal e civil são propostas separadamente. Alterações recentes, como a inclusão do parágrafo único no art. 63 e o inciso IV no art. 387 do CPP, indicam que a sentença penal condenatória transitada em julgado pode fixar um valor mínimo para reparação dos danos, atuando como título executivo judicial parcialmente líquido.[529]

A sentença penal condenatória transitada em julgado, até 2008, era apenas um título executivo judicial que necessitava de liquidação na esfera civil. Após a alteração, o juiz pode fixar um valor mínimo para a indenização, permitindo execução simultânea com a liquidação da sentença. A jurisprudência atual exige pedido expresso para a fixação da indenização e permite ao Ministério Público fazê-lo em ações de iniciativa pública.[530]

As sentenças penais não condenatórias também repercutem na esfera cível. Absolvições baseadas na inexistência do fato ou na não participação do réu na infração fazem coisa julgada no cível, impedindo ações indenizatórias. Situações como legítima defesa e estado de necessidade reconhecidos no penal também influenciam ações civis.

No que concerne à legitimação para a ação civil *ex delicto*, tanto o ofendido quanto seus representantes legais ou sucessores podem propor a ação. O Ministério Público possui legitimação extraordinária para agir em nome da vítima pobre. A execução da sentença condenatória penal é limitada às partes do processo penal, exigindo ação civil autônoma contra terceiros responsáveis.

Finalmente, a competência para a execução da sentença condenatória é determinada pelo Código de Processo Civil, com liquidação e execução no âmbito civil.

---

482 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

483 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

484 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

485 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

486 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 49

487 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 110

488 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 49

489 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 112.

490 FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 3. ed., Barcelona, Editorial Labor, 1960, v. I, p. 285.

491 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 110

492 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 49

493 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

494 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 101

495 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

496 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

497 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 50

498 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

499 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

500 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023

501 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 51

502 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 50

503 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

504 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado v. I**, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 434.

505 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021,

506 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 51

507 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 51

508 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 102

509 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 51

510 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 102

511 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 102

512 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 102

513 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 52

514 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 105

515 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal v.1**., 32 ed., São Paulo: Saraiva, p. 387-388.

516 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 105

517 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 53

518 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

519 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

520 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

521 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

522 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

523 Nesse sentido, veja: OLIVEIRA ,Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 640; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 715; GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 338; MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal - Procedimentos, **Revista Jurídica** n. 370, p. 117.

524 PRADO, Geraldo. Sobre procedimentos e antinonias. **Boletim IBCCrim** n. 190, setembro de 2008, p. 5.

525 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 54

526 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

527 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

528 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 56

529 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

530 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

11 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

É certo que "a ordem social reclama padrões éticos e normas de conduta, das quais, muitas são positivadas; transformadas em regras jurídicas"; o *status* civilizatório atual não aceita que o indivíduo realize a justiça que entenda, por suas próprias mãos. Assim, "dispositivos de lei que servem para criar, ainda que no plano do ideal, um ambiente de equilíbrio no qual os integrantes do corpo social possam viver em relativa harmonia".[531]

Assim é que nos Estados democráticos, portanto, politicamente estabelecidos, "incumbe precipuamente ao Poder Legislativo a tarefa de elaborar leis, cujo escopo consiste em estabelecer parâmetros comportamentais"; demarcar responsabilidades e regrar a probabilidade de "impor sanções àqueles que se prestarem à prática de desvios, mais ou menos graves". [532]

A liberdade individual, de tal modo, sofre "restrições jurídicas quando as restrições do bom senso e do bom uso não tiverem sido suficientes". [533] A partir dessa ideia, surge o conceito de reserva de jurisdição, como bem elucidado por Canotilho:

> *A ideia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio nulla poena sine judicio.*[534]

A gama de conflitos sociais e interesses, assim como bem jurídicos importantes, impõe a solução por meio de um órgão que

detenha o poder estatal e limite a força do mais forte, além, claro de ser um terceiro imparcial.

De fato, "esse terceiro é o Poder Judiciário, que por seus órgãos deve dizer o direito aplicável na solução da controvérsia que os interessados não se revelaram capazes de evitar ou resolver entre si".[535]

11.1 Jurisdição: conceito

O conceito de jurisdição advém do poder que o Estado-juiz exerce para interpretar e aplicar o direito a casos específicos com o objetivo de resolver disputas e manter a integridade do sistema legal. A expressão *juris dictio* reflete essa função de proclamar o direito, atribuída ao Poder Judiciário. Com o monopólio da jurisdição, o Estado assegura o direito de ação, impedindo a justiça pelas próprias mãos e garantindo a apreciação judicial de lesões ou ameaças a direitos.

A jurisdição é o dever do Estado de julgar infrações, sendo a jurisdição penal a que trata especificamente de crimes e ilegalidades. Exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, reflete a independência e imparcialidade deste, e se destina a efetivar as normas de direito substancial do ordenamento jurídico, visando a uma resolução justa do conflito.

A "reserva de jurisdição" é um conceito que denota a exclusividade do juiz em decidir sobre certas matérias, particularmente as que envolvem restrições à liberdade e sanções criminais, sob o princípio de que não deve haver pena sem julgamento judicial.

Por fim, é essencial diferenciar jurisdição de competência. Enquanto jurisdição é o poder genérico de julgar conferido pela Constituição a qualquer juiz, competência é o conjunto de normas

que determina qual juiz é apropriado para julgar um caso específico, sendo uma limitação ao exercício da jurisdição.

11.1.1 Princípios da Jurisdição

O princípio do juiz natural, consagrado na Constituição brasileira, garante que ninguém será julgado senão pela autoridade judicial previamente estabelecida, proibindo tribunais de exceção e reafirmando a igualdade e a legalidade. Este princípio também tem uma natureza dupla: protege o acusado, assegurando-lhe o direito a um juiz competente, e limita o poder estatal, vedando a perseguição penal arbitrária. Em caso de violação do princípio do juiz natural, surge um debate doutrinário sobre os efeitos do julgamento, questionando-se se atos praticados por juízo incompetente seriam nulos ou inexistentes, com exceções admitidas em favor do réu.

O princípio da investidura assegura que apenas indivíduos e órgãos formalmente autorizados exercerão a função jurisdicional, e sua violação pode levar à nulidade dos atos processuais.

O princípio da inércia ou da demanda implica que a jurisdição não age de ofício, mas é acionada por um pedido externo, sendo necessário o exercício do direito de ação para instaurar um processo.

O princípio da improrrogabilidade da jurisdição estipula que um juiz só pode atuar dentro dos limites legais atribuídos, embora a competência possa ser estendida em casos específicos, como na conexão e continência.

O princípio da indeclinabilidade obriga o juiz a pronunciar-se sobre os casos que lhe são apresentados, assegurando que, uma vez acionada, a jurisdição deve resultar em uma decisão.

O princípio da indelegabilidade sustenta que a função jurisdicional deve ser exercida pessoalmente pelo magistrado e não

pode ser transferida, com controvérsias existindo sobre a natureza das cartas precatórias e rogatórias.

Por fim, o princípio *nulla poena sine judicio* reforça que ninguém pode ser penalizado sem um julgamento adequado, respeitando o devido processo legal.[536]

11.2 Tipos de Jurisdição

É importante mencionar que a "jurisdição é unitária, indivisível. Essa unidade, por vezes classificada como princípio inerente à jurisdição, é, na verdade, uma característica sua". No entanto, "o estudo da jurisdição, em que pese seu caráter unitário, costuma admitir a sua divisão, que ocorre somente para efeitos didáticos."[537]

A jurisdição pode ser concebida de forma abstrata, mas na prática, está sempre ligada a uma pretensão, seja ela penal ou não. Com isso, diferenciam-se a jurisdição penal, focada em regras de Direito Penal e Processual Penal, e a jurisdição extrapenal, que inclui áreas como civil, eleitoral, trabalhista e militar.

Além disso, distingue-se entre jurisdição especial e comum ou ordinária. A primeira abrange a Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar, enquanto a segunda, residual, compreende a Justiça Federal, estadual e do Distrito Federal. Essa classificação se baseia na especialidade da matéria tratada, sem hierarquia entre elas.

Outra distinção é entre jurisdição estadual e federal, dependendo do órgão jurisdicional. Os juízes estaduais julgam questões da jurisdição comum estadual e os federais, processos de interesse da União Federal.

A jurisdição também se divide em inferior e superior, com a primeira correspondendo à primeira instância (Varas da Justiça Comum Estadual e Federal) e a segunda aos tribunais de instâncias mais altas, como os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito

Federal, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Por fim, existe a jurisdição política ou extraordinária, exercida excepcionalmente por órgãos fora do Poder Judiciário, como o Senado Federal, em casos específicos previstos pela Constituição Federal, como o julgamento de crimes de responsabilidade de altas autoridades do país.[538]

11.4 Elementos da Jurisdição

A jurisdição, como forma de atuação estatal, se manifesta de diversas maneiras. Tradicionalmente, ela é entendida como a capacidade do Estado de aplicar o direito ao caso concreto, subdividindo-se em jurisdição penal e extrapenal, dependendo da natureza da pretensão. A jurisdição penal lida com questões de Direito Penal e Processual Penal, enquanto a extrapenal abrange áreas como a civil, eleitoral, trabalhista e militar.

Além da jurisdição estatal, há formas alternativas de resolução de conflitos, conhecidas como equivalentes jurisdicionais. Estes incluem a autotutela, a autocomposição, a mediação e a arbitragem. A arbitragem, particularmente, é vista por alguns como uma forma de jurisdição privada, pois é exercida por particulares e não pelo Estado.

A aplicação do Direito no caso concreto envolve a criação de uma norma jurídica individual para cada caso, fundada em direitos fundamentais, princípios constitucionais e normas de direitos humanos. Esta abordagem, considerada como moderna contrasta com a visão tradicional de jurisdição, na qual o juiz se limitava a aplicar a norma geral ao caso concreto.

A solução de conflitos de forma definitiva ocorre quando a decisão alcança o *status* de coisa julgada material. A jurisdição é a

única esfera onde existe coisa julgada material, embora possa existir jurisdição sem ela. As decisões arbitrais, por exemplo, são consideradas definitivas e não podem ser revisadas pelo Judiciário, exceto em caso de vício procedimental. [539]

A pacificação social é outro desígnio vital da jurisdição. O processo judicial busca resolver não apenas a questão legal, mas também o conflito social subjacente. A jurisdição implica um conflito intersubjetivo de interesses, é inerte e depende da provocação formal por quem tem interesse jurídico na prestação jurisdicional. O processo é o instrumento onde se materializa a jurisdição.

Duas características da jurisdição é: a) substitutividade, onde o órgão jurisdicional declara o direito ao caso concreto, substituindo-se à vontade das partes, e b) definitividade, na qual a manifestação do juiz se torna imutável ao final do processo.

Segundo Tourinho Filho[540], os elementos da jurisdição são *notio* (o poder de conhecer os litígios), judicium (o poder de compor a lide e aplicar o direito), *vocatio* (a faculdade de convocar para o processo), *coertio* (medidas coercitivas, incluindo a privação de liberdade) e *executio* (o poder de tornar obrigatória a decisão ou sentença).

11.4 Competência: conceito

Jurisdição e competência são conceitos fundamentais e basilares no direito, ligados à forma como o Estado aplica e interpreta as leis para resolver conflitos. Anteriormente à formação moderna do Estado, os indivíduos resolviam disputas por autotutela, uma prática incompatível com a sociedade organizada. Assim, o Estado assumiu o monopólio da aplicação do direito, e a jurisdição evoluiu para ser

entendida não só como o poder de aplicar o direito, mas ao mesmo tempo como função e atividade estatal.

Jurisdição é, destarte, um direito fundamental garantido constitucionalmente, assegurando que nenhuma lei pode subtrair o acesso ao Poder Judiciário.

A jurisdição, vale dizer, é única e indivisível, e todos os juízes a possuem. No entanto, a existência de diversos órgãos jurisdicionais reflete na competência e atende tanto à eficiência do Estado quanto às necessidades da sociedade, pois a especialização dos órgãos melhora a qualidade da prestação jurisdicional.

A competência, diferentemente da jurisdição, não é uma parcela dela, mas uma adequação legítima entre o processo e o órgão jurisdicional. Isso garante previsibilidade e impede manipulações sobre quem julgará uma causa, evitando tribunais de exceção e assegurando o princípio do juiz natural e o devido processo legal.[541]

11.5 Competência absoluta e relativa

Explica Nucci que, "originalmente, quando o Código de Processo Penal foi editado, falava-se apenas em competência absoluta, vale dizer, a sua alteração, fora dos parâmetros legais, implicava nulidade absoluta". No entanto, com o decorrer "do tempo e de acordo com lições doutrinárias, adotou-se a ideia da competência relativa, cuja alteração, se efetivada, sem reclamação de qualquer interessado, consolida-se e não gera nulidade". É o caso da "competência territorial, que pode ser prorrogada, caso não questionada pelas partes".[542]

Sobre o tema, leciona Renato Marcão:

> *Competência relativa é aquela que admite prorrogação. Se a incompetência relativa não for alegada no prazo para a defesa preliminar, haverá preclusão,36 decorrendo daí o fenômeno jurídico denominado prorrogação de competência; com isso, o juiz que inicialmente não era, passa a ser competente, e, portanto, serão válidos, sob tal*

> *enfoque, todos os atos que praticar no processo. Exemplos: competência pelo lugar da infração e competência pelo domicílio ou residência do réu (CPP, art. 69, I e II). No processo penal, a declaração de incompetência – absoluta ou relativa – não depende de provocação de quem quer que seja e, portanto, deve ser feita ex officio pelo juiz (CPP, art. 109).*[543]

Nesse sentido, elucidativa a decisão do STJ a seguir transcrita, acerca da prorrogação de competência relativa:

> *[...] 4. "A não observância da regra da competência, no caso territorial em razão da matéria, atinente à especialização de varas, não importa automaticamente na nulidade do feito, posto que não é absoluta, mas relativa, sendo possível ao Juízo a convalidação dos atos praticados, inclusive os decisórios" (AgRg no REsp n. 1.758.299/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 20/5/2019). 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC n. 182.566/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 2/10/2023.)*

Renato Marcão ainda classifica a competência em: (1) competência interna e (2) competência internacional. No campo interno ou nacional, fala-se em (1) competência absoluta e (2) competência relativa. Sob outro aspecto, em consideração às funções exercidas pelo juiz no processo, denomina-se em competência funcional.[544]

Ainda o autor enumera: (1) competência pelo lugar da infração; (2) competência pelo domicílio ou residência do réu; (3) competência em razão da natureza da infração ou da matéria e (4) competência originária ou em razão de prerrogativa de função. [545]

Se não for observada pelo juiz a incompetência de ofício, "poderá ser oposta exceção de incompetência, verbalmente ou por escrito, no prazo para a defesa (CPP, arts. 95, II, e 108), tema que será melhor debatido no tópico atinente às "questões e dos processos incidentes".[546]

Havendo questionamento a respeito da (in)competência do juízo, poderá decorrer conflito negativo ou positivo de competência, temas de que igualmente cuidaremos no momento oportuno.

11.6 Fixação de Competência

Sobre a fixação de competência, dispõe o art. 69 do CPP:

> *CPP, art. 69. Determinará a competência jurisdicional:*
> *I – o lugar da infração:*
> *II – o domicílio ou residência do réu;*
> *III – a natureza da infração;*
> *IV – a distribuição;*
> *V – a conexão ou continência;*
> *VI – a prevenção;*
> *VII – a prerrogativa de função.*

A determinação da competência para julgar infrações penais segue, como norma geral, o local onde o crime foi cometido (ratione loci), em alinhamento com os princípios do direito penal e o objetivo da sanção. Isso significa que a jurisdição se estabelece na área onde o crime impactou a ordem social, pois parte da eficácia da punição é a sua capacidade de desencorajar condutas criminosas e demonstrar a atuação do sistema penal na comunidade afetada. [547]

Sobre a competência territorial, explica Renata Marcão:

> *A competência territorial é tratada no art. 5º e a extraterritorial no art. 7º, ambos do CP.*
> *Conforme o art. 5º do CP, aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional: § 1º Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. § 2º É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.*
> *Pelo que dispõe o art. 7º: Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I – os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; II – os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam*

julgados. § 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. § 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. § 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça.[548]

Entretanto, existem exceções definidas constitucionalmente, como: (a) com base na natureza do crime (*ratione materiae*), onde a competência é determinada pelo tipo de infração, exemplificado pelos crimes militares e eleitorais; (b) de acordo com o status do acusado (*ratione personae*), em casos de indivíduos com prerrogativas de foro especial. Nessas situações, independentemente do local da infração, o julgamento deve ocorrer perante o foro apropriado, como crimes militares em tribunais militares, ou infrações cometidas por senadores no Supremo Tribunal Federal. [549]

Partindo da regra geral, qual seja: lugar da infração penal, há hipótese "legal para os casos em que se desconhece onde o delito foi cometido: utiliza-se o lugar do domicílio ou residência do réu (foro supletivo), que pode ser o foro de eleição do querelante nos crimes de ação privada" [550], veja:

CPP, art. 72. Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu.
§ 1o Se o réu tiver mais de uma residência, a competência firmar-se-á pela prevenção.
§ 2o Se o réu não tiver residência certa ou for ignorado o seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato.
CPP, art. 73. Nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração.

No entanto, dispõe o art. 6º do CP:

CP, art. 6º. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

O procedimento para determinar o juiz competente para um caso inicia-se definindo o local da infração ou a residência do réu. A seleção do magistrado é feita por sorteio, exceto quando a matéria é de competência específica de uma Vara especializada, como é o caso do Tribunal do Júri. [551]

Em hipóteses de conexão ou continência, o caso pode ser transferido do foro escolhido inicialmente para outro, visando a consolidação dos processos. Se um juiz já atuou no caso durante a fase de inquérito, como em decisões sobre prisão cautelar, o processo é encaminhado diretamente a ele por prevenção. [552]

Embora haja uma discrepância entre o artigo 6º do Código Penal (que considera o local do crime tanto onde foi cometida a ação quanto onde ocorreu o resultado) e o artigo 70 do Código de Processo Penal (que fixa o foro pelo local do resultado), tal conflito é apenas superficial. O artigo 6º do CP refere-se a casos de direito penal internacional, determinando a relevância do crime para o Brasil se ocorrer no país ou se o resultado se der em território nacional. Já para crimes cometidos inteiramente no Brasil, prevalece a norma processual penal, sendo competente o juiz do local onde o resultado do delito se consumou.[553]

Ainda dispõe o Art. 88, do CPP:

> *No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.*

No artigo 89 do Código de Processo Penal, estabelece-se um foro especial por matéria para crimes ocorridos em embarcações nas águas territoriais ou rios e lagos fronteiriços, bem como em embarcações nacionais em alto-mar.

Tais infrações serão de responsabilidade da justiça do primeiro porto brasileiro onde a embarcação aportar após o cometimento do

crime ou, caso esta se dirija para fora do país, do último porto nacional que houver visitado.

Já os crimes realizados a bordo de aeronaves nacionais no espaço aéreo brasileiro ou em alto-mar, ou em aeronaves estrangeiras no espaço aéreo nacional, serão julgados pela justiça da comarca onde a aeronave pousar após o crime ou da comarca de origem do voo, conforme dita o artigo 90 do CPP. Se for inviável determinar o foro competente segundo as normas dos artigos 89 e 90, a competência será definida pelo critério de prevenção, como especifica o artigo 91 do mesmo código.[554]

Portanto, crimes praticados a bordo de navios ou aeronaves são da competência da Justiça Comum Federal, conforme o art. 109, inciso IX, da CF.

Outra possibilidade visualizar a fixação de competência é:

> 1. Local da Jurisdição a) em razão da matéria (CPP, art. 74) b) em razão da pessoa (CPP, arts. 72-73 e 84-87) c) em razão do lugar da infração (CPP, arts. 70-71 e 88-91)

No que diz respeito à competência em razão do lugar da infração, lista-se as seguintes súmulas:

STF, Súmula n. 521: "O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão de cheque sem fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado".

STJ, Súmula n. 151: "A competência para o processo e o julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens".

STJ, Súmula n. 200: "O juízo federal competente para processar e julgar acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou".

STJ, Súmula n. 528: “Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional”.

> 2. Unidade Jurisdicional a) em razão da matéria b) em razão da distribuição (CPP, art. 75) c) em razão da prevenção (CPP, art. 83)

11.6.1 Competência em razão da infração (em razão da matéria, art. 74, CPP)

A competência em razão da matéria, ou ratione materiae, estabelecida no art. 74 do Código de Processo Penal (CPP), determina que a natureza da infração penal define se a competência para julgamento cabe à Justiça Comum Estadual, Federal, ou às Justiças Especializadas Militar ou Eleitoral. Este critério não fixa um juízo específico, mas identifica qual esfera judicial e qual Vara são competentes para processar e julgar a causa.

Crimes dolosos contra a vida, definidos nos artigos 121, caput e §§ 1º e 2º, 122, caput e parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal (CP), são julgados pelo Tribunal do Júri, conforme o § 1º do art. 74 do CPP. Porém, a Súmula 603 do STF estabelece que o latrocínio (art. 157, § 3º do CP) é julgado por juiz singular e não pelo Tribunal do Júri.

A competência para processar contravenções penais, de acordo com a Súmula 38 do STJ, é sempre da Justiça Comum Estadual, mesmo quando cometidas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades. Crimes cometidos por civis contra instituições militares estaduais são julgados pela Justiça Comum Estadual, como estabelece a Súmula 53 do STJ.

Para crimes de falsa anotação na carteira de trabalho, atribuídos a empresas privadas, a competência é da Justiça Comum Estadual, conforme a Súmula 62 do STJ. Igualmente, a Súmula 75 do STJ determina que a Justiça Comum Estadual é competente para julgar

crimes de promoção ou facilitação de fuga de preso de estabelecimento penal, praticados por policial militar.

A Justiça Comum Federal, nos termos do art. 109 da Constituição Federal (CF), é competente para infrações cometidas contra bens, serviços e interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas, exceto contravenções penais. No entanto, dispõe a súmula 556 do STF: "é competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

Portanto, crimes contra o Banco do Brasil são de competência da Justiça Comum Estadual (Súmula 42 do STJ).

Desvios de verbas por prefeitos são julgados pela Justiça Comum Federal (Súmula 208 do STJ) ou Estadual (Súmula 209 do STJ), dependendo da origem dos recursos.

A Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) atribui a competência à Justiça Comum Estadual, exceto em casos de tráfico internacional ou transnacional de drogas, quando a competência é da Justiça Comum Federal. A Súmula 522 do STF trata da competência para o tráfico interestadual de drogas.

Crimes de tráfico internacional de pessoas e crianças são julgados pela Justiça Comum Federal (art. 109, inciso V, da CF).

Os crimes contra a organização do trabalho e o sistema financeiro, definidos no art. 109, inciso VI, da CF, são da competência da Justiça Comum Federal. De acordo com a Súmula 122 do STJ, em crimes conexos de competência Estadual e Federal, prevalece a Justiça Comum Federal. Nos casos de concorrência entre o Tribunal do Júri e outro órgão da Justiça Comum, prevalece o Tribunal do Júri, dada sua natureza constitucional (art. 5º, inciso XXXVIII da CF).

A competência por prerrogativa de função, ou *ratione personae*, é demarcada nos artigos 84 a 87 do CPP. Esta competência é aplicada a

determinadas autoridades enquanto ocupam cargos específicos, sendo processadas e julgadas por órgãos superiores do Judiciário. A Súmula 721 do STF esclarece a competência para crimes dolosos contra a vida praticados por membros do Congresso Nacional.

A aplicação do foro por prerrogativa de função não é universal, variando de acordo com o cargo ocupado. O Presidente da República, por exemplo, é julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto governadores são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Existem, ainda, casos em que as Constituições Estaduais podem prever prerrogativas de foro para autoridades estaduais, desde que respeitado o princípio da simetria com a Constituição Federal.

O site "dizer o direito" confeccionou uma tabela ilustrativa sobre o tema:

Possibilidade de foro por prerrogativa de função previstas na CF/88:

AUTORIDADE	FORO COMPETENTE
Presidente e Vice-Presidente da República	STF
Deputados Federais e Senadores	
Ministros do STF	
Procurador-Geral da República	
Ministros de Estado	
Advogado-Geral da União	
Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica	
Ministros do STJ, STM, TST, TSE	
Ministros do TCU	
Chefes de missão diplomática de caráter permanente	
Governadores	STJ
Desembargadores (TJ, TRF, TRT)	
Membros dos TRE	
Conselheiros dos Tribunais de Contas	
Membros do MPU que oficiem perante tribunais	

Juízes Federais, Juízes Militares e Juízes do Trabalho	TRF ou TRE
Membros do MPU que atuam na 1ª instância	
Juízes de Direito	TJ
Promotores e Procuradores de Justiça	
Prefeitos	TJ, TRF ou TRE

Fonte: Dizer o direito, 2024[555]

Entretanto, o foro privilegiado tem gerado críticas por contribuir para a morosidade da justiça e afastar os Tribunais Superiores de suas funções principais, que deveriam focar na análise de questões constitucionais e de direito, e não no julgamento de fatos e provas em ações criminais. Além disso, há quem sustente que esse privilégio cria uma exceção ao princípio da igualdade perante a lei, o que exige interpretações restritivas para evitar distorções, como o julgamento de crimes sem qualquer relação com o exercício do cargo.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes, restringiu o foro por prerrogativa de função aos crimes cometidos durante o mandato e que estejam diretamente relacionados às funções do cargo. Essa restrição visa combater o uso do foro como uma ferramenta para obter impunidade, uma vez que, no passado, políticos renunciavam aos seus cargos para mudar o tribunal competente e atrasar o processo. O STF também estabeleceu um marco processual: se o réu perde o cargo após o fim da fase de instrução, o tribunal permanece competente para julgar o caso.

Em abril de 2024 o STF formou maioria para manter a prerrogativa de foro para autoridades, mesmo após deixarem seus cargos, em casos de crimes cometidos durante o exercício da função e relacionados a ela.

O presidente do STF, ministro Luís Roberto Barroso, deu voto favorável, acompanhando o relator, ministro Gilmar Mendes, sobre

os prejuízos causados pelo envio do caso a outras instâncias após o término do mandato. Barroso destacou que esse "sobe-e-desce" processual afeta a eficácia das investigações e pode ser manipulado pelos réus. Barroso esclareceu que a decisão não altera a restrição do foro privilegiado aprovada em 2018, que limitava o foro apenas aos crimes pertinentes às funções do cargo. A mudança atual visa resolver a disfuncionalidade causada pela alternância de instâncias judiciais quando as autoridades perdem o cargo, reafirmando a manutenção da competência do STF mesmo após o fim do mandato (STF – HC n. 232627)

Por fim, a extensão do foro privilegiado no Brasil é significativamente ampla, abrangendo cerca de 37 mil autoridades, algo que torna o tema complexo e confuso. Esse modelo tem sido considerado disfuncional por parte da doutrina, pois sobrecarrega o STF com julgamentos criminais e afasta a Corte de seu verdadeiro papel de guardiã da Constituição.

11.6.2 Súmulas Aplicáveis à Competência em Razão da Infração

STF, Súmula n. 498: "Compete à Justiça dos Estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular".

STF, Súmula n. 522: "Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando então a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes".

STF, Súmula n. 603: "A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri".

STJ, Súmula n. 38: "Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção

penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades".

STJ, Súmula n. 48: "Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque".

STJ, Súmula n. 53 "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais".

STJ, Súmula n. 62: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada".

STJ, Súmula n. 73: "A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual".

STJ, Súmula n. 75: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal".

STJ, Súmula n. 104: "Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino.

STJ, Súmula n. 107: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal".

STJ, Súmula n. 140: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima".

STJ, Súmula n. 147: "Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados por funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função".

STJ, Súmula n. 165: “Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista.

STJ, Súmula n. 172: “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

STJ, Súmula n. 208: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal”.

STJ, Súmula n. 209: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por deveio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”.

11.7 Prorrogação de Competência

A possibilidade de mudança de competência se apresenta apenas em casos de competência relativa, dividindo-se em necessária e voluntária. A prorrogação necessária surge devido a situações de conexão e continência, previstas nos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal (CPP), ou quando um juiz de instância superior desclassifica um crime para outro de competência inferior, situação regulada pelo § 2º do artigo 74 do CPP: “Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada”.

Quanto à prorrogação voluntária, esta ocorre quando a parte não contesta a competência relativa no momento apropriado, conforme estabelece o artigo 108 do CPP, ou no âmbito das ações penais exclusivamente privadas, onde o querelante tem a liberdade de escolher o foro para a ação penal entre o lugar da infração ou o domicílio ou residência do réu, como permite o artigo 73 do CPP.[556]

Explica Nucci[557] que são causas de prorrogação da competência: a) conexão e continência; b) desclassificação da infração de outra competência; c) exceção da verdade em caso de calúnia, quando houver competência originária; estas três hipóteses são de prorrogação da competência necessária. São, todavia, hipóteses de prorrogação de competência voluntária: a) expressa; b) tácita, quando no caso de competência territorial, a parte não ingressa com exceção de incompetência.

O princípio constitucional que garante os direitos humanos é de competência da União (CF, art. 34, VII, b). Para deslocar a competência de processos pertinentes a graves violações de direitos humanos do âmbito estadual para o federal, quatro requisitos são necessários: o processo deve tramitar no âmbito estadual, deve abarcar grave violação de direitos humanos, o deslocamento deve assegurar obrigações de tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja parte, e o Procurador-Geral da República deve solicitar o deslocamento ao Superior Tribunal de Justiça. Segundo o STJ, o deslocamento de competência baseia-se em três fundamentos: grave violação a direitos humanos, risco de responsabilização internacional, e incapacidade das instâncias locais em responder efetivamente.

A amplitude dos direitos humanos quer dizer que o constituinte optou por não delimitar crimes específicos para deslocamento de competência, visando assegurar o cumprimento de obrigações internacionais sem restringir os casos de aplicação do dispositivo (CF, art. 109, § 5º). A solução de qualquer incompatibilidade aparente entre o Incidente de Deslocamento de Competência e outros princípios constitucionais ou processuais é praticada por meio dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A conexão e a continência são entendidas de forma dessemelhante por parte da doutrina e pelo Código de Processo Penal. Enquanto alguns veem como causas para deliberar a competência, outros as consideram como causas para alterar a competência existente. Esses conceitos são aplicados quando há a necessidade de reunir processos por razões como eficiência probatória, economia processual e para evitar decisões contraditórias. Por exemplo, quando várias pessoas cometem crimes ou quando os crimes são cometidos de forma que um facilita ou oculta o outro, ou ainda quando a prova de um crime influencia em outro, a reunião dos processos pode ser mais eficiente e justa.

Ainda que o CPP não mencione expressamente a reunião de inquéritos, o mesmo princípio pode ser aplicado a eles para garantir uma investigação mais eficiente e evitar acusações indevidas. Em suma, a conexão e a continência geralmente alteram a competência já estabelecida, em vez de determiná-la inicialmente.[558]

As conexão e continência têm como consequência a unidade de processo e julgamento, o que significa que os processos relacionados serão reunidos e julgados juntos para facilitar a coleta de provas e evitar decisões contraditórias. Contudo, se um dos processos já foi julgado, segundo a Súmula 235 do STJ, não haverá reunião, mesmo que isso possa resultar em decisões contraditórias. Ainda assim, durante a execução penal, as penas podem ser unificadas se os crimes estiverem relacionados. [559]

O CPP prevê casos de apartamento obrigatório de processos quando envolvem jurisdições diversas, como a comum e a militar, ou a comum e a federal, bem como em casos de doença mental de um dos acusados ou citação por edital. Existem também hipóteses facultativas para a separação de processos, como quando as infrações ocorreram em tempos ou locais diferentes, há muitos

acusados, ou por outro razão relevante. Críticas são perpetradas a essa última cláusula aberta por seu potencial de infringir a garantia do juiz natural, mas essa preocupação pode ser mitigada se os processos desmembrados permanecerem sob a jurisdição do juízo original, evitando redistribuição para outros juízos, exceto nos casos obrigatórios previstos no art. 79. [560]

11.8.1 Foro Prevalente

Dispõe o CPP:

> *CPP, art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:*
> *I – no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;*
> *II – no concurso de jurisdições da mesma categoria:*
> *a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;*
> *b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;*
> *c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos;*
> *III – no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;*
> *IV – no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.*

Quando processos relacionados correm em juízos distintos e não há separação, o critério para sua reunião é determinado pelo artigo 78 do Código de Processo Penal (CPP). Guilherme Madeira Dezem[561] enumera o que o art. 78 estabelece como regras para determinar o foro prevalente:

1. Tribunal do Júri: Se um dos crimes for de competência do júri e outro de um órgão da jurisdição comum, a competência do júri prevalece.
2. Jurisdições de Diversas Categorias: Se houver concurso entre jurisdições de diferentes categorias, prevalece a de maior graduação. Por exemplo, em casos de concurso de agentes, um com prerrogativa de função e outro sem, todos

devem ser julgados considerando-se a competência mais graduada.

3. Jurisdição Comum e Especial: Se o concurso for entre a jurisdição comum e a especial, a especial prevalece. Por exemplo, em casos de crime eleitoral conectado a crime comum, ambos serão julgados pela Justiça Eleitoral.
4. Jurisdições de Igual Categoria: Existem três critérios sucessivos: a) A competência do local da infração com pena mais grave; b) Se as penas são de igual gravidade, prevalece o local com o maior número de infrações; c) Em caso de igualdade nas penas e no número de infrações, a competência é determinada pela prevenção.

Elucidativa a lição de Nucci:

> *Quando a competência do Tribunal do Júri se confronta com matéria e prerrogativa de foro, o correto é a separação dos feitos. Se duas pessoas cometem um crime de homicídio e outro eleitoral, cada qual segue ao seu juízo competente: júri e juízo eleitoral. Se o deputado federal cometer um crime de corrupção e seu comparsa um delito doloso contra a vida, segue o deputado para o STF e o outro para o Tribunal do Júri. Mas, se o deputado federal cometer um crime doloso contra a vida, será julgado pelo STF, em detrimento do júri, pois a prerrogativa de foro é especial em relação à regra geral do Tribunal Popular. Sobre o deputado estadual, em nossa visão, deve ele ser julgado, se cometer crime doloso contra a vida, pelo Tribunal Popular. Entretanto, há posição dissonante, afirmando que deve ele ser julgado pelo Tribunal de Justiça, pois a prerrogativa de foro prevalece. Tal postura argumenta que o deputado estadual tem os mesmos direitos do federal, logo, deve gozar desse foro privilegiado. Não pensamos assim. Em trecho algum da Constituição Federal equipara-se o federal ao estadual no tocante à prerrogativa de foro. Por isso, a competência do júri, que é estabelecida pela CF, suplanta a prerrogativa de foro do deputado estadual, que advém da Constituição Estadual.*[562]

Portanto, a determinação do foro para a reunião dos processos depende de fatores como a natureza da jurisdição (comum, especial, ou do júri), a categoria da jurisdição, e a gravidade ou número de infrações nos locais envolvidos.

531 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 142

532 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 142

533 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 142

534 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed.,Coimbra: Almedina, 2003, p. 664

535 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 142

536 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

537 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 25

538 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 142

539 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

540 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 9ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 286-287. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 177-178.

541 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

542 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 63

543 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 146.

544 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 146.

545 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 146.

546 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 146.

547 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 63

548 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 146.

549 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 63

550 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 63

551 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 63

552 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 63

553 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 63

554 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo. Barueri, SP: Manole, 2010

555 DIZER O DIREITO. Foro por prerrogativa de função: panorama atual. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html#:~:text=Como%20podemos%20conceituar%20foro%20por,TRF%2C%20STJ%2C%20STF). Acesso em 10 de out. 2024.

556 MARCÃO, Renato**. Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 146.

557 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022

558 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

559 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

560 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

561 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

562 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 69.

12 ATOS PROCESSUAIS E COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

O capítulo que segue trata dos atos processuais, suas classificações e os prazos aplicáveis dentro do processo penal, conforme estabelecido pelo Código de Processo Penal brasileiro.

De fato, os atos processuais desempenham um papel crucial no andamento e na resolução dos processos, sendo classificados em diferentes categorias, como atos postulatórios, dispositivos, instrutórios, reais e jurisdicionais.

Cada tipo de ato tem uma função específica no desenvolvimento do processo, envolvendo tanto as partes quanto os auxiliares da justiça. A partir dessa organização, o capítulo explora ainda as decisões judiciais, suas classificações e os prazos que regem a atuação dos magistrados, além de mencionar a comunicação dos atos processuais, como citações e intimações, elementos essenciais para garantir o direito à ampla defesa e o devido processo legal, conforme se verá a seguir.

12.1 Dos Atos Processuais

Atos processuais são aqueles praticados com o objetivo de produzir efeitos no processo, classificando-se em atos das partes e atos jurisdicionais. Os atos das partes se subdividem em:

1. Postulatórios: Buscam resolver questões processuais ou o mérito da causa.
2. Dispositivos: São atos de concessão, exemplificados na conciliação em crimes contra a honra, conforme o art. 520 do Código de Processo Penal (CPP), e na audiência

preliminar de composição dos danos nos Juizados Especiais Criminais, de acordo com o art. 72 da Lei nº 9.099/95.

3. Instrutórios: Relacionam-se à atividade probatória, visando levar o juiz a um estado de certeza.
4. Reais: Envolvem a entrega de algo específico, como a prestação de garantia real de cumprimento de obrigações processuais, a exemplo da fiança.

Já os atos jurisdicionais se dividem em despachos e decisões.[563] Andreucci os classifica em: atos decisórios, instrutórios e de documentação.[564]

Já os atos dos auxiliares da justiça podem ser: a) movimentação: Atos destinados a promover o desenvolvimento do processo, como abertura de vistas, conclusões, remessas, entre outros; b) execução: Atos que visam cumprir as determinações judiciais, incluindo cumprimento de mandados de citação, intimação de testemunhas, notificação de partes, etc; c) documentação: Atos focados em autenticar e validar os atos processuais, como a emissão de certidões, autenticações e outras formas de documentação oficial.[565]

12.1.2 Prazos

Dispõe o art. 800 do Código de Processo Penal, os prazos aplicáveis ao juiz singular, na prolação de atos decisórios:

> *I – 10 dias para proferir decisão definitiva, ou interlocutória mista;*
> *II – 5 dias para prolatar decisão interlocutória simples;*
> *III – 1 dia para proferir despacho de mero expediente.*

Tais "prazos são aplicáveis quando outros não estiverem estabelecidos em lei. Insta ressaltar, entretanto, que se subsumem à categoria dos prazos impróprios". Ou seja, havendo "o desrespeito aos prazos próprios tem por consequência legal a preclusão – a perda da possibilidade de exercer determinada faculdade processual

–", por outro lado, o desrespeito dos prazos impróprios, estes, aplicados ao juiz, não causa, em si, consequências processuais, "podendo, quando muito, ensejar responsabilização administrativa do juiz que, sem motivo, não os observe", desde que exista processo administrativo disciplinar para tanto.[566]

12.1.4 Classificação das Decisões

As decisões proferidas pelos juízes ou tribunais superiores são:

a) sentença – Trata-se da decisão que finaliza o processo, sendo definitiva em relação ao mérito. Ela trata da questão referente à pretensão punitiva do Estado, decidindo se a acusação é procedente ou não.

b) Despachos: São decisões proferidas pelo juiz que não se referem ao mérito da controvérsia, visando apenas a continuidade do processo. Exemplos incluem a marcação de audiências, intimação das partes e adição de documentos ao processo.

c) decisões interlocutórias: São decisões do juiz sobre questões controvertidas, que podem conter oposição de interesses entre as partes, com a capacidade de encerrar ou não o processo. Elas se dividem em simples e mistas:

c.1) Decisões Interlocutórias Simples – Decisões que resolvem uma disputa sem finalizar o processo ou uma etapa do procedimento. Exemplos são a decretação de prisão preventiva, quebra de sigilo telefônico ou fiscal, aceitação de denúncia ou queixa, etc.

c.2) Decisões Interlocutórias Mistas – Decisões que solucionam uma controvérsia e encerram o processo ou uma fase dele. Exemplos incluem pronúncia,

impronúncia, acolhimento de exceção de coisa julgada, etc.

12.1.5 Requisitos da Sentença

A sentença penal, um documento de alta importância na esfera jurídica, deve ser meticulosamente elaborada, contendo elementos essenciais conforme delineado pelo artigo 381 do Código de Processo Penal. Estes elementos cruciais incluem:

1. A identificação precisa das partes envolvidas no processo, ou, na impossibilidade de tal, as indicações necessárias para sua identificação.
2. Uma exposição concisa, porém abrangente, tanto da acusação quanto da defesa.
3. A elucidação detalhada dos motivos, tanto fáticos quanto jurídicos, que embasam a decisão.
4. A citação explícita dos artigos de lei aplicáveis ao caso em questão.
5. O dispositivo, ou seja, a parte da sentença que contém a decisão em si.
6. A data e a assinatura do magistrado responsável pela sentença.

Dentro do espectro das sentenças penais, estas se dividem primordialmente em duas categorias: Condenatórias e Absolutórias (também conhecidas como declaratórias).

No caso da sentença penal condenatória, observa-se o reconhecimento da culpabilidade do réu. Tal sentença exige do juiz não apenas a menção específica dos delitos perpetrados ou dos respectivos artigos do Código Penal correspondentes, mas também a ponderação dos fatores agravantes ou atenuantes que influenciarão na dosimetria e execução da pena.

Já na sentença penal absolutória, o réu é eximido de responsabilidade, frequentemente devido à insuficiência de provas robustas para embasar uma condenação. Uma variante desta sentença ocorre quando se aplica uma medida de segurança em casos de comprovação de doença mental ou de inimputabilidade do acusado.

Quanto à intimação da sentença, esta se dá no momento em que o escrivão insere no processo a sentença proferida pelo juiz. A publicação oficial da sentença ocorre com a entrada dos autos no Ministério Público, o que deve ocorrer em um prazo máximo de três dias após a audiência de sentença. Após este marco, inicia-se o período para interposição de recursos de apelação, que podem ser apresentados em um prazo de cinco dias úteis, seja em decisões finais de condenação ou absolvição proferidas por um juiz singular, seja em veredictos do Tribunal do Júri.

12.2 Comunicação dos Atos Processuais

A comunicação dos atos processuais no processo penal é um componente essencial para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurando que a parte ré tenha ciência e oportunidade de participar ativamente do processo. A citação é o principal mecanismo de comunicação inicial com o acusado, sendo o meio pelo qual ele é formalmente informado da existência de uma ação penal contra si e convocado a apresentar sua defesa. A citação pode ser realizada de forma real (pessoal) ou ficta (presumida), a depender da possibilidade de localização do réu, conforme será melhor explicado a seguir.

Já a intimação tem como objetivo notificar as partes ou outros envolvidos sobre atos processuais já realizados ou a serem realizados. Assim, as intimações comunicam atos processuais já realizados no processo ou que ainda irão ocorrer, podendo ser

realizadas tanto para os defensores e partes constituídas quanto para as testemunhas e outros envolvidos, como peritos, por exemplo, e podem ocorrer por diversos meios, como publicação em diário oficial ou pessoalmente, dependendo das circunstâncias e dos sujeitos envolvidos.

Assim, a citação é o ato pelo qual se comunica o acusado da existência de um processo-crime e o convoca para se defender. Ela completa a formação do processo e pode ser:[567]

a) Real: Feita pessoalmente ao acusado. As formas de citação real são: 1. Por mandado (art. 351 do CPP): Ocorre quando o réu está na jurisdição do juiz que ordenou a citação e é realizada por um oficial de justiça. Os requisitos do mandado estão no art. 352 do CPP, e os da citação por mandado, no art. 357 do CPP.

2. Por carta precatória (art. 353 do CPP): Aplica-se quando o réu está fora da jurisdição do juiz processante. A citação por precatória é regida pelos arts. 354 a 356 do CPP.

3. Do militar: (art. 358 do CPP): Realizada por intermédio do chefe do respectivo serviço. Neste caso, ao invés de mandado, o juiz expede ofício com as indicações do art. 352 do CPP.

4. A citação do réu preso deve ser realizada pessoalmente por mandado, conforme estabelecido no art. 360 do CPP, alterado pela Lei n. 10.792/2003.

5. Funcionários públicos serão citados por mandado. Além disso, tanto o funcionário quanto o chefe de sua repartição serão notificados sobre a data designada para o funcionário comparecer em juízo como acusado, conforme o art. 359 do CPP.

6. Se o réu estiver no exterior em local conhecido, a citação ocorrerá por carta rogatória, de acordo com o art. 368 do CPP. Neste caso, o prazo de prescrição fica suspenso até que a citação seja efetivada.
7. As citações em legações estrangeiras também são realizadas por carta rogatória, conforme o art. 369 do CPP.

b) Citação Ficta: Presume-se que o acusado tem conhecimento da imputação no processo-crime.

A citação ficta no processo penal pode ser realizada de duas formas: por edital ou com hora certa.

Na citação por edital, aplicada quando o réu não é localizado, um edital com prazo de 15 dias é expedido, conforme disciplinado pelo art. 365 do Código de Processo Penal (CPP). Se o acusado não comparecer ou não nomear um advogado após a citação por edital, o processo e o prazo de prescrição são suspensos (art. 366 do CPP). Nesta situação, o juiz pode ordenar a produção antecipada de provas urgentes e decretar a prisão preventiva do réu, se necessário, conforme os requisitos do art. 312 do CPP.

Por outro lado, a citação com hora certa ocorre quando o réu se esconde para evitar a citação. O oficial de justiça, ao constatar a ocultação, realizará a citação com hora certa, seguindo os procedimentos dos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil. Se o acusado não comparecer após a citação com hora certa, será nomeado um defensor dativo para ele.

A intimação no processo penal é o ato pelo qual uma parte é informada sobre um ato processual já realizado ou sobre um ato futuro a ser realizado. Diferente da notificação, a intimação geralmente se refere a atos já praticados, embora essa distinção seja considerada ambígua por alguns juristas, como Vicente Greco

Filho[568], pois o Código de Processo Penal (CPP) não faz uma diferenciação terminológica estrita entre os dois termos.

De acordo com o artigo 370 do CPP, as regras para intimações (e notificações) são as seguintes:

a) A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente de acusação é feita por publicação no órgão responsável pela publicidade dos atos judiciais na comarca, incluindo o nome do acusado, sob pena de nulidade.

b) Na ausência de órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação dessas pessoas será feita diretamente pelo escrivão, por mandado, via postal com Aviso de Recebimento (AR), ou por qualquer outro meio idôneo (fax, telegrama, telex, e-mail, telefonema etc.).

c) Esses procedimentos não se aplicam ao acusado, às testemunhas, ou a outras pessoas que devam ser informadas sobre o ato processual, para os quais é essencial a intimação pessoal.

d) O Ministério Público e o defensor nomeado (defensor público, defensor dativo e procurador do Estado) do mesmo modo serão intimados pessoalmente.[569]

---

563 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

564 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

565 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

566 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019

567 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

568 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 282

569 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.

13 PROVA NO PROCESSO PENAL

O assunto prova no processo penal é basilar para o devido processo legal, assim como para a própria ciência do direito. Antônio Magalhães Gomes Filho[570] esclarece que "o tema da prova é dos mais importantes da ciência do processo, na medida em que a correta verificação em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental" para a justa e legal articulação da decisão jurisdicional. E continua o renomado autor:

> *Isso vale, ainda mais, no âmbito penal, pois só a prova cabal do fato criminoso é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo.* [571]

Tal se justifica, principalmente diante das consequências que a prova acarreta na vida das pessoas, o que a torna fundamental para a alcançar uma decisão mais justa no processo penal, "seja condenatória, seja absolutória, ligando-se, assim, à própria punição do crime".[572]

Ao retomar o escopo do processo penal em si mesmo, seu objetivo primeiro, embora inúmeras nuances possam ser observadas e discutidas, em uma resposta direta, "[...] pode-se dizer que o processo penal tem por função a legitimação do exercício do poder de punir estatal"[573].

Ou seja, em um tema tão complexo e a partir das premissas delineadas, as conclusões poderão ser diferentes, no entanto, uma premissa é fundamento, a de que o processo penal é estritamente necessário ao exercício do poder de punir pelo Estado.

No entanto, é necessário ter em mente ao discutir sobre o tema "provas": o respeito à norma constitucional.

Nesse sentido, em matéria de prova, "se vê de maneira clara a inserção e o respeito devidos ao princípio do contraditório pelo sistema processual analisado. Por meio do efetivo respeito ao contraditório" é possível notar o empenho "do sistema com os demais direitos constitucionais assegurados aos acusados em geral".[574]

Nesse sentido, Ferrajoli, para o qual os distintos princípios garantistas se conformam como uma espécie de esquema epistemológico, ou sejam, uma base hermenêutica apta a alcançar a maior envergadura de racionalidade e de confiabilidade da apreciação jurisdicional e, como corolário, de limitação, de verdadeira restrição do poder punitivo estatal e, da mesma forma, da tutela da pessoa em face do abuso de poder, típico daqueles que o detêm.[575]

Assim, a lição de Ferrajoli a seguir transcrita:

> *Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série, Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfatível. Sua axiomatização4 resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas:*
> *A1 Nulla poena sine crimine*
> *A2 Nullum crimen sine lege*
> *A 3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
> *A4 Nulla necessitas sine injuria*
> *A5 Nulla injuria sine actione*
> *A6 Nulla actio sine culpa*
> *A7 Nulla culpa sine judicio*
> *A 8 Nullum judieium sine accusatione*
> *A9 Nulla accusatio sine probatione*
> *AIO Nulla probatio sine defensione*
> *Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da conseqiiencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da*

> *lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem - com certa força de expressão lingüística - o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal "absoluto"*[576].

Realizada essa ponderação inicial, é importante efetuar a localização topográfica do tema "prova" nas linhas do CPP. Destarte, a matéria é encontrada no Livro I, Título VII, a partir do art. 155 do CPP, sem olvidar dos artigos esparsos, normas de direito processual civil, legislação extravagante, normas constitucionais e de direito internacional.

13.1 Conceito, Sistemas de Apreciação e Princípios

Os tópicos que seguem apresentarão o conceito de provas, os sistemas de apreciação das provas colhidas durante o processo e os princípios aplicáveis a todo contexto probatório.

13.1.1 Conceitos e sentido da prova

"Prova" é uma palavra polissêmica, ou seja, há inúmeros significados imagináveis. Tem origem no latim "*probatio*", possuindo significado de"aprovar, persuadir alguém de alguma coisa. No sentido vulgar, a prova tem o sentido de experiência ou confrontação, quando se fala em prova química, matemática etc". [577]

Também, no âmbito do sentido comum, as suas múltiplas significações possuem um elemento em comum: a palavra é utilizada para denotar algo que possa ser empregado ao convencimento de outra pessoa por meio de revelação de um fato. [578]

Prova, de acordo com a lição Moacyr Amaral Santos,[3] é o meio empregado para convencer o ânimo, o intelecto, sobre uma dita verdade. No que diz respeito ao seu uso no campo do direito, a plurivocidade de sentidos continua existindo.

> *A palavra prova, derivada do latim proba, de probare (pro, as, are), implica demonstrar, reconhecer, formar juízo de. Sob forma ampla, no sentido jurídico, entende-se a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou da veracidade de um fato material ou ato jurídico em virtude do qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.*[579]

Assim, as várias facetas da palavra prova e, consequente, atribuições de sentido, o que acarretam em interpretações diferentes, tanto partindo da doutrina quanto da legislação, na qual a palavra é empregada em vários contextos, o que evidencia a natureza polissêmica da palavra e, do mesmo modo, da matéria aqui discutida.

Tendo como ponto de partida as lições obtidas a partir do estudo da teoria geral do processo, prova, na lição de Cassio Scarpinella Bueno, é "tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor".[580]

Partindo das lições de Badaró, "prova é tudo o que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém. No entanto, esta é apenas uma das acepções do vocábulo prova". Mas, como já mencionado, os conceitos apresentados anteriormente, apresentam apenas um sentido da palavra prova. A partir da compreensão polissêmica, a doutrina comumente elenca ao menos três outros significados: "(1) atividade probatória; (2) meio de prova; (3) resultado probatório."[581]

Assim, de acordo com a lição de Badaró:

I) Prova como atividade probatória: quer dizer "o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz", na busca por desvendar o caminho histórico dos fatos "(por exemplo, a prova da alegação incumbe a quem a fizer", art. 156 do CPP).[582]

II) Prova como meio de prova: consubstanciando-se como o instrumento por meio do qual se inserem no trâmite processual os elementos probatórios. Nesta ótica, são meios de prova: a prova testemunhal, prova pericial, entre outras formas probantes. São meios de prova, previstos no CPP:

> *"1.*Perícias em geral*, constantes dos arts. 158 a 184;*
> *2.*Interrogatório do acusado*, previsto nos arts. 185 a 196;*[583]
> *3.*Confissão*, regulada nos arts. 197 a 200;*
> *4.*Ofendido*, disposto no art. 201;*
> *5.*Testemunhas*, contempladas nos arts. 202 a 225;*
> *6.*Reconhecimento de pessoas e coisas*, regulado nos arts. 226 a 228;*
> *7.*Acareação*, disciplinada nos arts. 229 e 230;*
> *8.*Documentos*, tratados nos arts. 231 a 238;*
> *9.*Indícios*, referidos no art. 239, e*
> *10.*Busca e apreensão*, regulada nos arts. 240 a 250."*[584]
>
> O rol do CPP, quanto aos meios de prova não é taxativo, havendo a possibilidade de existência das chamadas provas atípicas. Assim, como prova atípica no processo penal, ilustra Badaró, "a inspeção judicial (CPP, art. 3.º, c.c. CPC, arts. 481 a 484). Deve ser lembrado, ainda, que a chamada 'reprodução simulada dos fatos' (CPP, art. 7.º) é providência igualmente destinada" a conseguir elementos de prova. "O CPC prevê que as partes têm o direito de utilizar além de todos os meios legais, 'bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código (...)' (art. 369)"[585], de maneira que se aplica tal norma ao processo penal.

III)Prova como resultado probatório: é o resultado, o convencimento que os meios de prova incutem no espírito do julgador e nas partes processuais, "por exemplo, o art. 312 do CPP se refere à "prova da existência do crime" [586], *in verbis*: "*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser*

> *decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado".*

Gustavo Badaró ainda esclarece que buscando impedir conflitos terminológicos, é importante discernir: (a) fonte de prova; (b) meio de prova; (c) elemento de prova; (d) resultado probatório.

As **fontes** de prova compreendem todos os elementos idôneos, ou seja, adequados a influenciar a decisão judicial, abrangendo pessoas, documentos ou objetos cuja existência precede à existência do processo. Estas fontes tornam-se **meios** de prova quando são formalmente introduzidas ao processo, por exemplo, por meio do depoimento judicial de testemunhas. Os meios de prova são os veículos pelos quais as fontes probatórias são apresentadas ao juízo, necessitando, para sua validade, serem produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ou seja, no interior do processo. A diferenciação entre fonte e meio de prova é essencial para a sustentação da imparcialidade do juiz, proibindo-se ao magistrado a investigação autônoma de fontes, contudo, há entendimento de permitir-lhe ordenar a produção de provas a partir de elementos já presentes nos autos. Tal prerrogativa assegura a compatibilidade do processo acusatório com as funções instrutórias do juiz, sem comprometer sua imparcialidade.

Assim, **elemento de prova** é o dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz.

Finalmente, **resultado probatório** é a conclusão do juiz sobre a credibilidade da fonte e aquilo que foi obtido do elemento obtido.

Há, ainda, que realizar a diferenciação entre **meio de prova** e **meio de obtenção de prova**. De fato, a distinção primordial entre

meio de prova e **meio de obtenção de prova** reside no fato de que o primeiro se constitui como a própria prova *per se,* ou seja, a prova em si mesma, a qual é destinada ao convencimento do magistrado, ao passo que o segundo manifesta-se no procedimento adotado para alcançar a prova em si, não se prestando diretamente à reconstituição dos fatos ocorridos no momento da perpetração do delito.

Assim é que aos meios de obtenção da prova cita-se, por exemplo, os exames, as revistas e buscas, a apreensão e as escutas telefônicas, embora não se encontrando com tais palavras escritas pelo legislador, como meio de obtenção de prova.

13.1.1.1 Finalidade e Objeto da Prova

Anteriormente foi apresentando o conceito de prova, ou seja, o conjunto de informações produzidas pelas partes processuais ou, ainda, apuradas pelo juízo, com vistas à obtenção de subsídios que amparem à explicação e convencimento dos fatos e consecutivas circunstâncias e autoria do fato delituoso.

Assim é que, no processo penal, a finalidade da prova é auxiliar, corroborar, auxiliar "na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo". Ou seja, embora comumente produzida pelas partes a elas não se destina. Deste modo, são as partes "que a produzem ou requerem", mas são destinadas ao magistrado, "possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal"[587].

Conforme lição de Avena o objetivo, ou seja, a finalidade da prova, é "formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa" [588].

Nesse sentido, objeto da prova (difere de objetivo que já foi visto no parágrafo anterior), segundo Tourinho[589], são os fatos principais

ou secundários que necessitem uma apreciação judicial e estabeleçam uma comprovação. Ainda, por "objeto da prova compreendem-se os fatos que, influindo na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade penal", são aptos de suscitar "dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação" [590].

Trata-se, portanto, do *thema probandum,* melhor explicando, é a coisa, o acontecimento, o fato e suas circunstâncias, é sobre esse fato que o Ministério Público oferece a sua denúncia e apresenta o tipo penal, tais elementos são **objeto da prova**.

No entanto, conforme será elucidado no próximo tópico, alguns fatos não precisam ser provados, são eles: os fatos notórios, as presunções absolutas, fatos inúteis, fatos axiomáticos ou intuitivos, as máximas de experiência e os fatos incontroversos.

13.1.1.2 Fatos que não necessitam ser ou, não são, objeto de prova

No processo penal alguns fatos não serão objeto de prova. Seja em razão de não carecerem, se excluírem da necessidade de prova – ou não poderem – ser provados:

a) Os fatos notórios: Se os fatos são notórios, ou seja, "fazem parte do patrimônio cultural de cada pessoa"[591] não precisam ser provados. Daí decorre a máxima *notoria non egent probatione* (o notório não precisa de prova). Os fatos notórios são aqueles que integram nossa cultura, de conhecimento compartilhado pelo homem médio de determinado contexto social. Assim, segundo exemplo de Mougenot, "não há necessidade de provar, por exemplo, que o Carnaval é uma festa popular e que a moeda corrente no País desde 1994 é o real"[592]. É possível, segundo lição de Avena, aplicar por analogia o art. "374, I, do CPC/2015, segundo o qual não

dependem de prova os fatos notórios". Exemplos: Na Comarca X, denunciando o Ministério Público Sicrano por crime "contra a honra do Prefeito Municipal, será desnecessário comprovar, naquele juízo, que a vítima realmente foi diplomada como Chefe do Executivo", pois tal fato é por todos naquela localidade conhecidos, até mesmo pelo juiz "que lá jurisdiciona. Outros exemplos: moeda nacional, condição de Presidente da República, um feriado nacional etc"[593].

Todavia, não se deve confundir notoriedade do fato com o conhecimento pelo juiz, ou seja, conhecimento pessoal do julgador, uma vez que ele pode conhecer um fato que é notório. A título ilustrativo, veja a notícia sobre julgamento[594]

Não há que se confundir notoriedade com a opinião de um número indefinido de pessoas (*vox publica*), a qual pode estar fundamentada em "boatos, rumores infundados, frutos da crendice popular etc", como exemplo, atualmente, é possível citar vários: terra plana, vacinas causadoras de autismo, entre outras. Há, do mesmo modo, a "possibilidade de um fato, ainda que verdadeiro, ser aumentado ou corrompido", como é a afirmação de que as vacinas contra Covid-19 causem a morte das pessoas que foram vacinadas, embora a bula preveja efeitos adversos, como todo medicamento, o risco é ínfimo perto do dano que a doença pode causar em pacientes não vacinados[595].

b) **As presunções absolutas (*iuris et de iure*)**. São verdades estabelecidas pela, não sendo admitidas prova em sentido contrário. Exs.: o art. 27 do Código Penal dispõe que o menor de 18 anos é penalmente inimputável é uma presunção que não pode ser afastada por prova, razão pela qual, não será objeto de prova. Já o art. 217-A do Código Penal, presume a violência se o crime de estupro for perpetrado contra vítima menor de 14 anos.

Não obstante, apesar do entendimento acima esposado, será necessário provar: leis estaduais, municipais e estrangeiras; normas administrativas e os costumes (embora não seja lei, supre lacuna legislativa em determinados casos).

No que diz respeito às presunções relativas (*juris tantum*), ou seja, não decorrentes de lei, válidas até prova em contrário, portanto, passíveis de serem objeto de prova.

A seguir, um exemplo para ilustrar a presunção relativa: No decorrer de um processo de investigação de fraude fiscal, as autoridades fiscais utilizam registros bancários e declarações de imposto de renda para estabelecer a ocorrência de atividades ilícitas. Neste cenário, presume-se a veracidade das informações fornecidas pelos bancos e pelas declarações de imposto de renda, dada a natureza oficial desses documentos e a fé pública que se deposita nas instituições que os emitem.

Contudo, o acusado argumenta que tais documentos não refletem a realidade dos fatos, alegando que houve um erro na transmissão de dados bancários e que suas declarações de imposto foram preenchidas com base em informações equivocadas fornecidas por seu contador. Para contestar a presunção de veracidade dos registros oficiais, o acusado apresenta provas concretas, como correspondências com o banco solicitando correções em sua conta e e-mails trocados com o contador que evidenciam o reconhecimento do erro.

Neste caso, a presunção de veracidade relativa das informações oficiais é desafiada pela apresentação de provas que colocam em dúvida a precisão dos documentos utilizados pela acusação. O tribunal, ao considerar as novas evidências, pode determinar que sendo o caso de presunção relativa, as provas apresentadas pelo

acusado são suficientes para contrapor as alegações da fiscalização, favorecendo a defesa sem prejudicar os direitos do réu.

c) Os fatos inúteis ou irrelevantes. Os fatos inúteis ou irrelevantes não precisam ser provados (*frustra probatur quod probantum non relevat),* por esta razão não são objeto de prova. São aquelas informações ou fatos que, dentro do contexto de um processo penal, não contribuem de forma significativa para a elucidação ou decisão do caso. São dados ou elementos que, mesmo sendo verdadeiros, não têm relevância para impactar a elucidação dos fatos e da autoria e, por conseguinte, em nada contribuem para a decisão do juiz.

Por exemplo, se durante um julgamento uma testemunha menciona ter observado alguns gatos na cena de um evento ou crime, questionar essa testemunha sobre os nomes dos gatos, as cores, raça, quem são seus donos etc., seria considerado levantar um fato inútil ou irrelevante.

A distinção entre o que é relevante e o que é irrelevante depende da natureza do caso e dos fatos do caso concreto, objeto do processo penal. O objetivo principal é concentrar os esforços e a atenção nas informações que efetivamente possam influenciar o julgamento, evitando desvios desnecessários que possam procrastinar e tonar o processo mais oneroso, sem agregar valor à busca pela verdade ou à justiça da decisão.

d) Os fatos intuitivos, axiomáticos ou evidentes. São os fatos evidentes por si mesmos, não necessitam de prova e, como consequente, não serão objeto de prova. Isso se dá em razão de que a mera percepção do fato já o revela como verdadeiro e irrefutável. Assim, são exemplos: Observar que um “homem se move, fala etc. não é preciso demonstrar que está vivo, ou, no exemplo de Manzini,

se se encontra um corpo humano putrefato, nem um filósofo sequer poderia pôr em dúvida que se trata de um cadáver”[596].

e) As máximas de experiência. Trata-se do conjunto de conhecimentos obtidos pelo juiz diante de sua experienciação irreversível, ou seja, “o agregado empírico-sensorial que compõe o conhecimento do julgador e lhe possibilitará a projeção judicante em face do caso concreto”, por paralelo às ocorrências por ele já experienciadas. Daí o julgador constatará a veracidade ou não de “determinada alegação no processo, conformando sua íntima convicção com o quanto lhe foi exposto ou apresentado”.

Dizendo de outra forma, “as máximas de experiência constituem a vivência e experiência do julgador, utilizada na apreciação dos casos concretos que lhe são submetidos”. Por exemplo, o juiz sabendo “que no bairro “X” seja comum o tráfico de drogas, ante a prova indiciária de que o acusado seria traficante, considerará esse juiz o estilo de vida ostentatório do réu, o luxo incondizente com o ambiente em que vive”, tudo induzindo “a crer – por máxima de experiência – que o padrão de vida daquele acusado – sem ocupação lícita provada – é comportamento típico de traficante”.

Assim, de acordo com lição de Mougenot, “a convicção do juiz para o julgamento foi formada com base na prova indiciária constante dos autos e reforçada pela máxima de experiência”[597]. É de se ressaltar que tais elementos não são objeto de prova e não podem, unicamente e exclusivamente, ser utilizado para condenar o réu.

f) Os fatos incontroversos: São os alegados por uma das partes e não contestados pela outra – tais devem ser comprovados, em razão da necessidade de se alcançar uma verdade processual mais próxima possível da real, diferentemente do que acontece no juízo cível. Dessa maneira, o “CPP permite que o juiz ordene diligências

para averiguar determinada prova, a despeito de as partes acordarem ou não quanto à sua existência ou inexistência (art. 156, II)", embora tal dispositivo seja questionado por quem defenda um sistema acusatório puro.

Uma observação necessária é a, já conhecida, de que via de regra o direito não necessita ser provado, baseado no princípio *iura novit cúria*, o tribunal ou o juiz conhece o direito, incumbindo à parte narrar o fato, segundo o brocardo *narra mihi factum, dabo tibi jus*. Todavia, tratando-se de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (costumes), conforme menção já realizada anteriormente, o art. 376 do CPC, "aplicado analogicamente, estabelece que a parte que o alega deverá provar seu teor e sua vigência",[598] portanto, em tais casos, o direito necessita ser provado.

13.2 Sistemas de Apreciação da Prova

A gestão probatória e o seu exame pelo julgador apresentam variações conforme o critério de avaliação implementado. Considerando a fundamental relevância do sistema de avaliação – ou apreciação – da prova no âmbito do direito processual penal, evidencia-se a necessidade de examinar os sistemas existentes e seus respectivos critérios de apreciação, especialmente em razão da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dos seus princípios, indispensáveis para a efetividade das demais disposições processuais.

As linhas que seguem irão apresentar os principais métodos de apreciação da prova pelo julgador, ou seja, de que maneira e quais os critérios o juiz utilizará para apreciar a prova produzida em determinado processo penal? Assim, será realizada uma exploração não apenas do sistema empregado pelo arcabouço jurídico nacional, mas também dos sistemas utilizados alhures.

De fato, há três regramentos ou sistemas, sobre a apreciação judicial da prova, a saber: 1) julgamento segundo a consciência do julgador (*secunda conscientia*) também denominado, sistema da íntima convicção do magistrado; 2) certeza legal, sistema da prova tarifada, certeza moral do legislador ou prova legal; 3) livre convicção, sistema do convencimento motivado, persuasão racional ou livre apreciação da prova.

13.2.1 Sistema da íntima convicção do magistrado (secunda conscientia)

Neste sistema o juiz decide de acordo a sua consciência, com ou sem fundamento nas provas, podendo decidir até mesmo contra estas; o que vale, na hora de decidir, é a impressão que o julgador tem do caso e não é necessário que ele motive esse subjetivismo[599]. Elucida Tourinho Filho:

> *[...] o Juiz não estava obrigado a exteriorizar as razões que o levaram a proferir a sentença; atribuía às provas o valor que em quisesse e entendesse, podendo, até valer-se do conhecimento extra autos, mesmo sem nenhuma prova nos autos; decidia de acordo com a sua íntima convicção, sem se deixar dominar pelo que havia no processo*[600].

No âmbito do Tribunal do Júri (art. 5°, XXXVIII da Constituição Federal de 1988, é adotado o sistema de íntima convicção, no qual os jurados têm o direito de emitir seu voto de maneira sigilosa e sem a necessidade de expor as razões que os levaram a decidir de tal forma, conforme estabelece o artigo 486 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei nº 11.689/2008. A ausência de fundamentação dos votos dos jurados é reconhecida e aceita, o que fundamenta a existência de um recurso específico para as decisões que se mostrarem claramente contrárias ao que consta nos autos do processo, como prevê o art. 593, III, d, do CPP.[601]

Sobre o tema, a absolvição do réu, pelos jurados, sob o fundamento de clemência e manifestamente contrário às provas dos autos, inobstante o sistema de livre apreciação da prova, admite a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, segundo julgamento pelo Tribunal Pleno do STF:

> *Tema 1087 - Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos.*

13.2.2 Sistema da prova tarifada

Neste sistema, também denominado: certeza legal, sistema da prova tarifada, certeza moral do legislador ou prova legal, o juiz profere sua decisão baseada em rígidas normas legais, as quais impõem "valor prefixado às provas, praticamente de modo mecânico; é um sistema tarifado"[602].

Assim, a valoração e a hierarquia das provas são predeterminadas pela legislação. Isso denota que cada tipo de prova possui um valor específico cominado por lei, e o juiz deve se fixar a essa valoração quando da apreciação das provas.

Dessa forma, o processo de decisão judicial baseia-se na verificação da conformidade das provas com o instituído em lei, sem margem para o exercício de uma análise discricionária por parte do juiz, resultando em um procedimento de avaliação mais mecânico e somatório das provas constantes nos autos do processo.

Tal sistema de valoração das provas é típico dos sistemas inquisitivos, no qual a confissão era considerada a rainha das provas e isoladamente capaz de causar a condenação do réu, atualmente o CPP brasileiro em seu art. 197, impõe ao juiz a necessidade de confrontar a confissão com as outras provas colhidas nos autos.

É de se observar que, em nosso ordenamento processual penal, o sistema em questão manifesta-se de maneira apenas pontual e residual.

Ilustrativamente, o artigo 62 do Código de Processo Penal, ao estabelecer a necessidade da certidão de óbito do réu para que se declare extinta a punibilidade por seu falecimento, representa um vestígio da prova legal ou tarifada, conforme interpretado pela doutrina.

13.2.3 Sistema do livre convencimento motivado

No terceiro sistema, também denominado sistema do convencimento motivado, persuasão racional ou livre apreciação da prova o juiz decide em conformidade com as provas obtidas nos autos, examinando-as "por critérios racionais, aplicando as máximas de experiência reconhecidas pelo mundo civilizado e, acima de tudo, fundamentando as suas conclusões"[603].

Tal é a lição do art. 155 do CPP:

> *Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

Historicamente, para mitigar decisões baseadas unicamente na íntima convicção, emergiu o sistema de convicção legal (prova tarifada), onde a legislação predeterminava a admissibilidade e o peso probatório de cada tipo de prova. Neste sistema, certos fatos só poderiam ser comprovados por meios de prova especificamente estabelecidos em lei, como a confissão, outrora tida como a "rainha das provas" [604].

Predomina, assim, o sistema de livre convicção motivada, no qual o juiz constrói sua convicção pela livre apreciação das provas (ou seja, sem que exista imposição legal de um peso maior de uma prova

sobre a outra). Apesar da livre convicção, deve fundamentar sua decisão, garantindo o contraditório e a ampla defesa, sem se basear exclusivamente em elementos informativos obtidos da investigação, exceto em casos de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, conforme o disposto do art. 155 do CPP[605].

Atualmente, no direito processual penal brasileiro, o sistema de convicção legal ou prova tarifada, conforme visto anteriormente, é adotado excepcionalmente e pontualmente, como nos casos da prova do estado civil da pessoa via registro civil, nos termos do art. 155, parágrafo único, do CPP.

Nessa mesma linha de raciocínio, no que diz respeito à livre convicção motivada do magistrado, o silencio do réu não pode ser interpretado como confissão, tampouco, o testemunho dos agentes públicos, como é o caso dos polícias, pode ser interpretado como uma prova mais valiosa que as demais, nesse sentido, interessante jurisprudência do STJ, cuja ementa é transcrita a seguir:

> *RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SILÊNCIO DO ACUSADO NA ETAPA INVESTIGATIVA SEGUIDO DE NEGATIVA DE COMISSÃO DO DELITO EM JUÍZO. VIOLAÇÃO DIRETA DO ART. 186 DO CPP. RACIOCÍNIO PROBATÓRIO ENVIESADO. EQUIVOCADA FACILITAÇÃO PROBATÓRIA PARA A ACUSAÇÃO A PARTIR DE INJUSTIFICADA SOBREVALORAÇÃO DO TESTEMUNHO DOS POLICIAIS. MÚLTIPLAS INJUSTIÇAS EPISTÊMICAS CONTRA O RÉU. INSATISFAÇÃO DO STANDARD PROBATÓRIO PRÓPRIO DO PROCESSO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O direito ao silêncio, enumerado na Constituição Federal como direito de permanecer calado, é sucedâneo lógico do princípio nemo tenetur se detegere. Neste sentido, é equivocado qualquer entendimento de que se conclua que seu exercício possa acarretar alguma punição ao acusado. A pessoa não pode ser punida por realizar um comportamento a que tem direito. Esse reprovável subterfúgio processual foi enfrentado no julgamento do HC n. 330559/SC, em 2018. [...] 2. Quem quer que se veja envolvido em um procedimento investigativo da justiça criminal tem o direito de se manter em silêncio e não colaborar. O fato de que a CRFB de 1988 tenha disposto, em seu art. 5o, inc. LXIII, que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o e permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" não deixa dúvidas quanto à não recepção do art. 198 do CPP, quando diz que o silêncio do acusado, ainda que não importe em confissão, poderá se constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. Ora, quando a Constituição reconhece o direito ao silêncio, restam excluídas de nosso ordenamento regras que autorizem situações em*

que o exercício de um direito gere prejuízos ao cidadão. Ter direito ao silêncio significa poder exercê-lo sem que, por isso, seja punido. E tanto ficar em silêncio constitui um direito, que pesa sobre o Estado a obrigação de explicá-lo a toda e qualquer pessoa, no exato momento de sua prisão.

3. Ademais, a dimensão da presunção de inocência (enquanto regra de julgamento) determina que, a menos que a acusação satisfaça o ônus de provar que pesa sobre ela, o cidadão tem o direito de ser tratado como inocente. Ele não pode ser prejudicado quando o Estado deixa de satisfazer a condição que ele, Estado, deve cumprir para que esteja legitimado a exercer o poder de punir. Nas palavras de Maria Elizabeth Queijo: "A recusa do acusado em colaborar na persecução penal não poderá ser interpretada desfavoravelmente a ele, em face do princípio da presunção de inocência" (QUEIJO, Maria Elizabeth. "O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal". São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102) 4. No caso dos autos, a absolvição em 1a instância do recorrente foi revista pelo tribunal que, acolhendo a apelação interposta pela acusação, condenou o réu pela prática do delito incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Na linha argumentativa desenvolvida pelo TJSP, a negativa do réu em juízo quanto à comissão do delito seria estratégia para evitar a condenação. Estas as exatas palavras utilizadas no acórdão recorrido: "Fosse verdadeira a frágil negativa judicial, certamente o réu a teria apresentado perante a autoridade policial, quando entretanto, valeu-se do direito constitucional ao silêncio, comportamento que, se por um lado não pode prejudicá-lo, por outro permite afirmar que a simplória negativa é mera tentativa de se livrar da condenação". Houve, portanto, violação direta ao art. 186 do CPP. 5. O raciocínio enviesado que concedeu inequívoco valor de verdade à palavra dos policiais e que interpretou a negativa do acusado em juízo como mentira, teve o silêncio do réu em sede policial como ponto de partida. A instância de segundo grau erroneamente preencheu o silêncio do réu com palavras que ele pode nunca ter pronunciado, já que, do ponto de vista processual-probatório, tem-se apenas o que os policiais afirmaram haver escutado, em modo informal, ainda no local do fato. 6. Decidiu o Tribunal estadual, então, que, se de um lado havia razões para crer que o réu mentia em juízo, de outro, estavam os desembargadores julgadores autorizados a acreditar que os policiais é que traziam relatos correspondentes à realidade, ao afirmarem: 1) que avistaram o acusado descartando as drogas que foram encontradas no chão, 2) que a balança de precisão que estava no interior de um carro abandonado seria do acusado e, adicionalmente, 3) que ainda na cena do crime, o recorrente haveria confessado informalmente que, sim, traficava. Essa narrativa toma como verídica uma situação em que o investigado ofereceu àqueles policiais, desembaraçadamente, a verdade dos fatos, em retribuição à empatia com que fora tratado por eles; como se houvesse confidenciado um segredo a novos amigos, e não confessado a prática de um delito a agentes da lei. Com a devida vênia, esta sim é uma hipótese implausível. Se é que de fato o acusado confirmou para os policiais que traficava por passar por dificuldades financeiras, é ingenuidade supor que o tenha feito em cenário totalmente livre da mais mínima injusta pressão.

7. Para o que importa à análise do presente caso, são oportunas as reflexões relativas às chamadas injustiças epistêmicas. Conforme nos ensinam os seus estudiosos, sociedades marcadas por preconceitos identitários - como, aliás, é o caso da sociedade brasileira - acabam por apresentar trocas comunicativas injustas. Por vezes, a pessoa deixa de ser considerada enquanto sujeito capaz de conhecer o mundo adequadamente

pelo simples fato de ser quem é. Sobre essas situações, Miranda Fricker explica que se comete uma injustiça epistêmica testemunhal quando um ouvinte reduz a credibilidade do relato oferecido por um falante por ter, contra ele, ainda que não de forma consciente e deliberada, algum(s) preconceito(s) identitário(s) (FRICKER, Miranda. Epistemic Injustice: Power and the ethics of knowing. Oxford: Oxford University Press, 2007). Negros em sociedades racistas, mulheres e pessoas LGBTQIA+ em sociedades machistas, pessoas com deficiência em sociedades capacitistas são alguns exemplos de vítimas sistemáticas de injustiça epistêmica testemunhal. Indivíduos provenientes de grupos sociais vulnerabilizados têm de enfrentar o peso dessa realidade opressora nos mais diversos contextos, inclusive no contexto da justiça criminal. 8. ***Nessa perspectiva, e ante a circunstância de que o recorrente é pardo, cabe a lembrança do pensamento de Sueli Carneiro, acerca do racismo estrutural que permeia a sociedade brasileira: "No caso do negro, a cor opera como metáfora de um crime de origem da qual a cor é uma espécie de prova, marca ou sinal que justifica a presunção de culpa. Para Foucault, 'ninguém é suspeito impunemente', ou seja, a culpa presumida pelo a priori cromático desdobra-se em punição a priori, preventiva e educativa. A suspeição transforma a cena social para os negros em uma espécie de panóptico virtual, 'a vigilância sobre os indivíduos se exerce ao nível não do que se faz, mas do que se é, não do que se faz, mas do que se pode fazer'. Assim, a própria cena social é onde se realiza a vigilância e a punição como tecnologias de controle social".*** *(CARNEIRO, Sueli. Dispositivo de racialidade: a construção do outro como não ser como fundamento do ser. Rio de Janeiro: Zahar, 2023, p. 125) 9. Ademais, analisando o fenômeno das falsas confissões, autores como Jennifer Lackey sinalizam que o sistema de justiça acaba praticando múltiplas injustiças epistêmicas contra um mesmo sujeito: ao confessar (ainda que sob tortura, maus tratos, ameaça, pressão psicológica etc.), o investigado/acusado tem rapidamente reconhecida a sua credibilidade; quando, ao contrário, busca se retratar, já não é considerado merecedor do mais mínimo grau de credibilidade. Trata-se de um paradoxo: acreditam que o relato do sujeito corresponde a uma correta reconstrução dos fatos precisamente quando ele tem menos preservada a sua autonomia cognitiva; de outro lado, quando mais pode trazer declarações confiáveis, porquanto emitidas sem injustas pressões externas, aí é que não se observa mínima disposição para acreditar em suas palavras. Essa falaciosa economia de credibilidades que o sistema de justiça oferece a um único e mesmo sujeito em distintos momentos constitui claro exemplo do que Lackey nomeou de injustiça epistêmica agencial (LACKEY, Jennifer. False confessions and testimonial injustice. In Journal of Criminal Law & Criminology, v. 110, p. 43-68, p. 60, 2020). 10. Foi exatamente o que ocorreu no caso deste recurso especial. O tribunal incorreu em injustiças epistêmicas de diversos tipos, seja por excesso de credibilidade conferido ao testemunho dos policiais, seja a injustiça epistêmica cometida contra o réu, ao lhe conferir credibilidade justamente quando menos teve oportunidade de atuar como sujeito de direitos. A confissão informal - se é que existiu - não tem valor como prova, no sentido processual, configurando-se equivocada a postura de aceitar acriticamente que o investigado fala a verdade em cenário carente das mínimas condições para atuar livre e espontaneamente. 11. Neste sentido, é preciso reconhecer que, se se pretende aproveitar a palavra do policial, impõe-se a exigência de respaldo probatório que vá além do silêncio do investigado ou réu. O silêncio não descredibiliza o imputado e não autoriza que magistrados concedam automática presunção de veracidade às versões sustentadas por policiais. Seguindo este*

raciocínio, de que é necessário corroborar a isolada palavra do policial, impõe asserir que, tivessem os policiais gravado toda a abordagem - do início ao fim -, ao menos seria possível saber como a confissão se deu. A medida viabilizaria que o conteúdo objeto de registro pudesse vir a servir de elemento informativo, sendo mais do que oportuno repisar que não seria suficiente de per si para a condenação. Como não o fizeram e, ante a manifesta escassez probatória que - em violação ao art. 186 do CPP - se extraiu do silêncio do acusado inferências que a lei não autoriza extrair, impõe-se reconhecer que o standard probatório próprio do processo penal, para a condenação, não foi superado no presente caso. Enfim, tal como o tema do reconhecimento de pessoas pediu-nos reflexão acerca dos erros que o Judiciário cometeu no passado, o tema do silêncio também requer nossa atenta autocrítica. 12. Tendo isso em consideração, o interesse institucional na otimização dos testemunhos de policiais deveria servir de sério estímulo a que se retomasse o tema discutido no julgamento do HC n. 598.051/SP e se investisse na documentação, em vídeo e áudio, dos atos de investigação ou de abordagem policial, tal qual se passou a demandar em relação ao ingresso domiciliar, de sorte a tornar mais robusta, confiável e infensa a questionamentos éticos ou epistemológicos a prova produzida longe do contraditório judicial. 13. A escassez probatória do presente caso impõe provimento desse recurso especial, para absolver o recorrente da prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06. (REsp n. 2.037.491/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 20/6/2023.) Grifo nosso.

O magistrado, no sistema de livre convencimento motivado, baseia suas decisões na valoração das provas, sob a luz da razão e das máximas de experiência, fundamentando suas conclusões de maneira explícita no texto constitucional. No processo penal, tais características devem servir como salvaguarda contra preconceitos, tão presente em uma sociedade enraizada com o racismo estrutural como é a brasileira.

Assim, as garantias constitucionais, como a presunção de inocência e o direito ao silêncio, jamais devem ser interpretados desfavoráveis ao réu, embora a prática forense insista em demonstrar o contrário.

Desta forma, é dever do julgador, ao apreciar as provas dos autos, garantir que o silêncio do réu não lhe seja desfavorável, tampouco, que o testemunho dos policiais seja sobrevalorizado em detrimento de outros elementos probatórios. O sistema de justiça penal deve estar atenta a não cometer injustiças epistêmicas, nas quais o

preconceito pode influenciar a percepção do julgador quanto à credibilidade atribuída a certos indivíduos ou grupos sociais, julgando imparcialmente em com base em evidências objetivas e verificáveis dentro do processo penal.

13.3 Ônus da Prova

Dispondo sobre o tema, estabelece o CPP em seu art. 156, *caput*, 1.ª parte, que: "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer", ou seja, trata-se do ônus da prova. Assim, ônus tem o sentido de encargo, dever processual, é o dever atribuído às partes de utilizar meios lícitos e provar aquilo que alegaram.

Partindo do pressuposto apresentado no artigo 156 do CPP, quem acusa e apresenta suas alegações é o órgão acusador, ou seja, o MP, ou no caso de ação penal privada, a vítima por meio de seu advogado ou defensor público. Portanto, iniciando o assunto é possível perceber que o ônus de provar sua acusação cabe ao titular da Ação Penal.

Assim, na seara probatória, o ônus da prova configura-se como um encargo processual e não como uma obrigação (no sentido subjetivo do direito), pois não suscita, em contrapartida, um direito subjetivo de exigência.

> *Isso porque uma obrigação descumprida representa um ato contrário ao direito, ao qual corresponde uma penalidade. Por exemplo: uma vez intimada a depor, tem a testemunha a obrigação de comparecer. Caso não o faça, poderá ocorrer condução coercitiva, pagamento das despesas da condução, eventual responsabilidade penal por crime de desobediência e multa (arts. 218 e 219 do CPP). De outra banda, se comparece e não disser a verdade em face das perguntas que lhe forem formuladas, poderá, salvo exceções legais, responder por crime de falso testemunho (art. 342 do CP)*[606].

Nesse sentido, em direito processual, o ônus da prova adjudica à parte a responsabilidade de aprovisionar ao juízo os elementos necessários para o convencimento sobre suas alegações, sob pena

de, não o perpetrando, sofrer as consequências da não comprovação do seu alegado.

No processo penal, domina a discussão sobre o alcance deste ônus, especialmente diante dos princípios de presunção de inocência, competindo primariamente à acusação o ônus de comprovar as alegações positivas da acusação (ou seja, o fato criminoso e a sua autoria), enquanto que as alegações defensivas, como excludentes do tipo penal e atenuantes, recaem sobre a defesa. Por exemplo, se a defesa alega a ocorrência de legitima defesa, deve apresentar as provas de tal excludente da ilicitude.[607]

A partir da leitura do art. 156 do CPP, portanto, cabe à acusação provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva, quais sejam: conduta típica, autoria, materialidade do crime, dolo, culpa. Ao réu, por meio de seu advogado ou defensor público, lhe incumbe comprovar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da pretensão punitiva, por exemplo: causas extintivas da punibilidade, excludentes de ilicitude, atipicidade da conduta ou inexistência da materialidade do crime, entre outros.

Todavia, embora exista esse entendimento, qual seja, a de que cabe à defesa a prova das excludentes e atenuantes, a jurisprudência entende que havendo insuficiência de provas, o réu deve ser absolvido, ante à presunção de inocência e ao princípio do *in dubio pro reu*. Como exemplo, segue trecho de decisão proferida pelo TJ/DF:

> *Insuficiência de provas – absolvição – princípio da presunção da inocência [...] "2. Fere a presunção de inocência, como regra probatória, prevista na Constituição Federal e em Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, a regra de divisão do ônus da prova, prevista no art. 156 do CPP, o princípio do in dubio pro reo e o dever de motivação, transparência e controle social a que os julgamentos do Poder Judiciário estão submetidos por força do art. 93, IX, da Constituição Federal, a sentença que condena o réu quando insuficientes os elementos de prova." TJ/DF Acórdão 1664497, 07011391820218070008, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 9/2/2023, publicado no PJe: 24/2/2023.*

No processo penal, conforme é possível constatar até aqui, embora exista o ônus da prova, a produção probatória deve ocorrer em contraditório, ou seja, com a participação da parte contrária ao ato.

Todavia, em caso de urgência, certas situações autorizam a produção antecipada de provas, conforme previsto pelo art. 225 do CPP para testemunhas que possam não estar presentes no momento da instrução criminal e pelo art. 366 do CPP em casos de réus citados por edital.

Admite-se, com base na jurisprudência do STF e do STJ, bem como parte da doutrina, o uso do poder geral de cautela do juiz, ou seja:

> *[...] que é inerente ao juiz, assim compreendida a faculdade judicial de autorizar, cautelarmente, medidas legalmente atípicas (aquelas que não estão descritas em lei) sempre que isto se revelar necessário para garantir, no caso concreto, a efetividade que se espera do processo criminal. Especificamente no campo probatório, pode-se definir o poder geral de cautela como a viabilidade de o juiz adotar uma solução não prevista em lei, desde que lícita e legítima, para evitar o perecimento de provas ou um mal maior no sopesamento entre a omissão do legislador em contemplar instrumentos que impeçam tal perecimento e os interesse das partes e da sociedade no justo desiderato do processo criminal.*[608]

Com o poder geral de cautela, o juiz tem o poder para autorizar medidas urgentes atípicas, ou seja, não previstas em lei, visando a preservação de provas. Contudo, tal poder não é unanimemente aceito e, quando exercido, deve ser fundamentado especificamente, sem generalizações.

Avena apresenta dois entendimentos doutrinários acerca da possibilidade do poder geral de cautela pelo juiz no processo penal:

> ***Favor:*** *trata-se de uma "atuação além da lei" (Andrey Borges de Mendonça), justificada no fato de que a legislação não prevê todas as situações concretas possíveis que podem ocorrer no processo penal. Tratando-se de disciplina importada no CPC, sua aplicação ao processo penal encontra suporte no art. 3.º do CPP.*
> ***Contra:*** *a atuação do juiz no âmbito criminal deve seguir rigorosamente o devido processo legal, ou seja, as formas determinadas pela lei e pela Constituição. Logo,*

descabe ao juiz inventar medidas ou aplicar as já existentes no momento que bem lhe aprouver. [609]

Assim, sobre a produção antecipada de provas, determinada pelo juiz com fundamento em réu citado por edital (art. 366 do CPP), dispõe a Súmula 455 do STJ: "A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo".

De maneira que, é possível perceber, o poder geral de cautela do juiz no processo penal, especialmente quanto à produção probatória, deve ser justificado e fundamento em decisão, não bastando alegações genéricas para exercê-lo.

13.4 Princípios Norteadores da Atividade Probatória

No direito processual penal, além dos princípios gerais do processo penal, alguns específicos à gestão da prova, também devem servir como alicerce estruturante da tomada de decisões dos agentes processuais. São eles:

a) **Princípio do contraditório:** é resguardado pelo art. 155 do CPP, que determina a formação da convicção do juiz pela livre apreciação das provas em contexto adversarial, proibindo-se a fundamentação da decisão e/ou sentença baseada apenas em elementos da investigação, salvo as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas. Nesse sentido, o art. 401 e 209 do CPP asseguram que, apesar da possibilidade de desistência da inquirição de testemunhas pelas partes, o juiz possui autonomia para ouvi-las, reafirmando seu poder instrutório por meio da busca pela verdade processual (embora tal atuação do juiz na produção probatória seja condenada pelos defensores do sistema acusatório puro).

b) **Princípio da publicidade**: em consonância com o disposto na CF/88, art. 5º, LX, e no art. 201 do CPP, tem como escopo a

transparência dos atos processuais, permitindo sigilo apenas para proteger a intimidade ou o interesse social. A publicidade do processo e, por conseguinte, de seus atos é uma característica do sistema acusatório, ao contrário do processo sigiloso que é a regra no sistema inquisitivo.

c) Princípio da não autoincriminação: com bases fundadas na CF/88, art. 5º, LXIII, e apoiado por tratados internacionais, assegura que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, preservando a liberdade individual e a presunção de inocência, assim como o direito ao silêncio, sem que isso importe em interpretação de culpa pelo julgador.

d) Princípio da comunhão das provas: também conhecido tem como princípio da aquisição da prova, tem como fundamento o fato de que a prova originada pelas partes, acusação ou defesa, torna-se pertencente ao processo e não apenas à parte processual que a produziu. Neste sentido, "se a acusação produziu uma prova, esta poderá ser utilizada pela defesa. Assim, por exemplo, se a acusação arrolou uma testemunha, vindo esta a ser ouvida em juízo e prestando informações que contribuam com a tese" da advocacia, tal depoimento poderá ser aproveitado em seu proveito[610].

e) Princípio da liberdade da prova: essencial para esclarecer o crime no processo penal, fundamenta-se no princípio da verdade processual, permitindo ao juiz a liberdade de investigação para a reconstrução dos fatos, conforme a necessidade do caso concreto. Entretanto, seu emprego não é ilimitado, encontrando-se cingido por leis que priorizam interesses considerados pela legislação brasileira como superiores à mera elucidação de um fato. Assim, embora constitua um corolário do princípio da verdade processual, a liberdade da prova é limitada pela CF e pela legislação infraconstitucional. Como exemplo é possível citar: arts. 184, 207,

212, 233, 479, todos do CPP; Lei 9.099/95, art. 81, § 1º; assim como a CF/88, por meio do art. 5º, LVI as provas ilícitas, assim como, as provas cruéis, desumanas ou torturantes, eis que violam a Carta Magna e o Direito Internacional sobre Direitos Humanos.

Importante ressaltar que o velho jargão de que os fins justificam os meios, ou seja, a busca por pela "verdade real" (escrita entre aspas, pois não existe verdade outra, senão aquela que está no processo), justificaria, por exemplo, a tortura, a fim de que o réu confessasse, não tem a menor aplicabilidade no direito, muito menos no processo penal. A busca pela verdade pelo julgador e pelo próprio acusador (que é o ente Estatal) – e só existe a verdade processual –, deve respeitar todas as normas emanadas desse mesmo Estado, sob a pena de existir enorme retrocesso no pacto civilizatório da sociedade brasileira.

f) **Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas:** as provas obtidas por meios ilícitos ou com violação às normas legais não são, em regra, admitidas no processo penal (as exceções serão analisadas em tópico pertinente).

A CF/ em seu artigo 5º, LVI, institui a inadmissibilidade das provas colhidas por meios ilícitos, tal é a expressão de um princípio fundamental, o qual visa proteger os direitos individuais contra abusos do poder estatal na colheita de provas. A norma constitucional se expressa como uma garantia fundamental e, por tal razão, é confirmada pela jurisprudência e doutrina que, apesar de, historicamente, já terem admitido o uso de provas ilícitas sob certas condições, hoje reforçam a vedação dessas práticas como intrínsecas ao Estado Democrático de Direito. Paulo Rangel enfatiza que a proibição constitucional realça a primazia dos direitos fundamentais sobre a obtenção de provas a qualquer custo, grifando

a necessidade de equilibrar normatividade e efetividade dos direitos constitucionais.[611]

Conforme lição de Eugênio Pacelli[612], há a necessidade de se resguardar a integridade do processo penal e a equidade processual, coibindo o uso de métodos ilícitos de obtenção de provas que comprometam a idoneidade probatória e violem direitos fundamentais como a privacidade, a honra, e a imagem. Por tal razão, a inadmissibilidade de provas ilícitas funciona ao mesmo tempo como mecanismo de controle da atividade estatal na persecução penal e como garantia da igualdade processual, fundando um equilíbrio imprescindível entre a eficácia da persecução penal e a proteção dos direitos individuais, sob a pena de, não havendo respeito, ocorre nulidade processual.

g) **Princípio da Verdade Real/Processual:** O princípio da verdade real inicialmente, se contrapõe a ideia de verdade formal ou processual. O conceito fundamenta-se na premissa de que o processo penal busca a verdade material, ou seja, a verdade real, evitando limitações artificiais impostas pela verdade formal, como atos ou omissões das partes, presunções e ficções.

Todavia esse conceito foi utilizado por muito tempo como justificador para meios ilegais, como a prática de tortura, sob o argumento de se alcançar tal verdade real, sendo, portanto, um princípio norteador do sistema inquisitivo. Assim, embora o processo penal se distinga do processo civil, no sentido de inexistir os efeitos da revelia, ou seja, um réu, por mais que não compareça ao processo para se defender, terá que ter defesa técnica do processo – por meio de advogado dativo ou defensoria pública – e, além disso, não se admite presunção de culpabilidade, de maneira que ou ela está comprovada no processo penal ou, havendo dúvida, o réu deve ser absolvido.

Portanto, inobstante a verdade tenha conceito filosófico difícil de ser alcançando, sendo concebida pela filosofia como o desvelamento de algo é extremamente difícil alcançar totalmente esse pressuposto, de modo que o possível é a reconstrução, a narrativa dos fatos, por meio de provas dentro do processo, assim, a única verdade possível é a verdade processual, esta sendo a obtida por meio do respeito aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, entre eles, o devido processo legal.

Por fim, importante mencionar que embora a legislação brasileira, notadamente o Código de Processo Penal (CPP) em seu artigo 156, inciso II, faculte ao magistrado o poder de ordenar *ex officio* a produção de provas, com vistas a desvendar a realidade fáctica do processo em juízo, tal prática é condenada por aqueles que defendem o sistema acusatório puro, pois agindo de tal maneira – ainda que sob o argumento de alcançar essa verdade real – o juiz está atuando como parte, deixando de ser imparcial, o que afetaria diretamente o sistema acusatório e o próprio Estado Democrático de Direito.

Apesar de toda a crítica doutrinária, a jurisprudência tem entendido pela legalidade e constitucionalidade do referido artigo, de maneira que tal dispositivo legal continua com sua total eficácia e validade.

13.5 Tipos de Provas

Os tópicos que seguem vão tratar dos tipos de provas de acordo com o CPP e legislação esparsa. Tal entendimento é importante a fim de averiguar a validade e a eficiência da prova na situação concreta.

13.5.1 Classificação das Provas

O CPP trata dos tipos de provas de maneira exemplificativa nos artigos 155 ao 240, a doutrina busca classificar os tipos de provas existentes sob diversos aspectos, Moacyr Amaral Santos[613], utilizando o mesmo sistema apresentado por Malatesta, classifica as provas de acordo com três elementos: o do objeto, o do sujeito e o da forma, a doutrina ainda adiciona outro critério: "valor".

a) Classificação da prova quanto ao objeto: ou seja, em relação àquilo que se pretende demonstrar (objeto). Assim, quanto ao objeto a prova pode ser direta ou indireta. A **prova direta** refere-se ao fato do objeto (a ser provado) de forma direta, como por exemplo, uma testemunha que presencia, que assiste a um homicídio, trata-se de uma testemunha visual, o testemunho – que é a prova produzida no processo – é uma prova direta. Como exemplo também é possível citar: imagens de câmeras de segurança, provas materiais, como a arma do crime ou cadáver, que se apresentam por meio de laudos periciais, entre outros.

Já a **prova indireta**, não se liga de forma indiscutível ao fato objeto do processo, ou seja, são conhecidas como provas indiciárias ou circunstanciais, isoladamente não são capazes de provar o fato e/ou sua autoria, mas que somadas a outras provas podem levar a outras provas (diretas ou indiretas) e corroborar na elucidação do fato criminoso. São exemplos: sinal de celular do suspeito apresentado pela operadora de telefonia que indicava estar o suspeito próximo à cena do crime no horário e data do fato criminoso; histórico de consultas à internet relacionado ao crime cometido; testemunhas do "ouvi falar" (testemunha indireta); o álibi apresentado pelo suspeito, com o intuito de comprovar que o acusado não estava no local do crime, mas em outro lugar etc.

b) Classificação das provas quanto ao sujeito: ou seja, refere-se à pessoa ou coisa que emana a prova, referindo-se à coisa, autoria

e/ou ao fato probando como um todo. Divide-se em prova pessoal ou prova real.

Prova pessoal é aquela originada por meio de uma declaração consciente, fazendo fé, ou seja, afirmando a veracidade daquilo que está sendo dito, como exemplo, a testemunha que narra os fatos que presenciou ou que ouviu dizer. Esse é o motivo pelo qual a testemunha não pode mentir ou calar-se, se o fizer cometerá o crime previsto no art. 342 do CP: "Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral".

Prova real, também denominada prova material diz respeito à elementos concretos, destinados a elucidar um fato criminoso. Está ligada às evidências físicas e possui como características: i) objetividade: no sentido que pode ser fisicamente apreciada; ii) concreta: se apresenta no mundo de maneira tangível; iii) permanência: salvo nos casos de possibilidade de deterioração, a prova tende a manter-se no decorrer do tempo; iv) examinabilidade: possibilidade de ser analisada por meio de perícia.

São exemplos de prova real: amostras de DNA, impressão digital, material biológico deixado na cena do crime (como uma embalagem de bebida deixada pelo agente no local do crime); itens roubados e recuperados; drogas, venenos; dispositivos eletrônicos, entre outros.

c) Classificação das provas quanto à forma: No que diz respeito a sua forma, a prova pode se apresentar de três maneiras, a saber: **testemunhal, documental ou material**. A **prova testemunhal**, de forma geral, consiste na afirmação verbal de uma pessoa, englobando tanto os depoimentos de testemunhas quanto as declarações da vítima e do réu, o interrogatório do réu está disciplinado nos arts. 185 ao 196 do CPP, as declarações do ofendido

(vítima) no art. 201 do CPP e a disciplina referente às testemunhas é encontrada nos arts. 202 a 225 do CPP.

Por outro lado, a **prova documental ou material** é aquela que é registrada por escrito ou gravada, dispõe o art. 232 do CPP que: "Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares". A normatização referente à prova documental está no CPP dos arts. 231 ao 238.

d) Classificação das provas quanto ao valor: É atinente ao grau de certeza que o julgador atribui ao apreciar determinada prova, podendo ser plena ou indiciária (não plena).

Plena é a prova convincente, inconteste, verossímil, como exemplo, Gravações audiovisuais ou outras evidências materiais que não deixem dúvidas quanto à sua autenticidade e relevância para o processo; Provas documentais que apresentam clareza, autenticidade e relevância para o caso, tais como documentos públicos ou registros oficiais.

13.5.1.1 Prova Emprestada

A prova emprestada, basicamente, consiste na admissão, pelo juiz, do uso de uma prova produzida em outro processo, não existe disciplina sobre o seu uso no CPP, mas há previsão no CPC, no art. 372: "Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório".

Questão que se coloca como de extrema relevância no processo penal é a garantia do contraditório, ora, pode ser que na produção da prova no processo de origem o réu não era parte naquele processo e, portanto, não houve contraditório na produção probatória, de forma que no processo penal.

Assim, um dos pontos a serem observados quanto à admissibilidade da prova emprestada, conforme dicção do artigo 372 do Código de Processo Civil, é que constitui uma faculdade jurisdicional que visa à economia processual e à eficiência da atividade judiciária, harmonizando-se, assim, com o princípio da duração razoável do processo, conforme EC nº 45/2004.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, especialmente nos votos da Ministra Nancy Andrighi, corrobora esse entendimento ao salientar que a utilização de prova produzida em outro processo não se circunscreve à identidade de partes, desde que garantido o exercício do contraditório, esse ponto é de sensibilidade importante no processo penal.

A relevância da prova emprestada estende-se ao âmbito penal, conforme demonstrado no REsp 1.561.021, sob a premissa de que, não havendo forma prescrita em lei, sua admissibilidade sujeita-se às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Nucci pondera que "no âmbito do processo penal, torna-se fundamental observar a seguinte cautela: no caso de interceptação telefônica, o resultado dessa colheita somente pode servir a outro processo-crime", tendo em vista que é a exclusiva finalidade de tal prova. "É vedado transferir o material obtido em virtude de interceptações telefônicas para processos civis, visto que a própria Constituição Federal lhe confere a utilidade", qual seja: as investigações (inquéritos policiais) e processos criminais[614].

No que concerne ao compartilhamento de dados fiscais e bancários para fins investigativos, sem necessidade de prévia autorização judicial, a jurisprudência das Cortes Superiores, como decidido no julgamento do RE 1.055.941 pelo Supremo Tribunal Federal e pelo posicionamento adotado no HC 422.473 pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirma a legalidade de tal procedimento, em

consonância com a legislação vigente, especificamente a Lei Complementar 105/2001 e o Decreto 6.974/2009, no tocante à cooperação internacional.

Por outro lado, a possibilidade de utilização de provas emprestadas em Processo Administrativo Disciplinar, desde que asseguradas as premissas do contraditório e da ampla defesa, conforme súmula 591 do STJ, e a admissibilidade de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente no âmbito penal, corroboram a flexibilidade que os Tribunais Superiores têm adotado quanto ao direito probatório relativamente a uma prestação jurisdicional eficaz e célere. Todavia, importante ponderar que tais elementos não podem se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais, especialmente ao contraditório e à ampla defesa no processo penal.

Há, que se mencionar, conforme narrado anteriormente, que o entendimento de que as partes processuais deveriam ser as mesmas nos dois processos, conforme já decidido pelo TJSP, na Ap. n° 84.806-3, publicada em 21.11.1990, cujo Relator foi o Desembargador Reynaldo Ayrosa (RT 667/267), foi superado pelo STJ e STF, cabendo ao defensor demonstrar que não há obediência ao contraditório e, portanto, a prova não deve ser admitida.

Ademais, quanto à admissão de prova produzida em processos no exterior, a cooperação jurídica internacional, facilitada por tratados e convenções, como a Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, submete-se à legislação aplicável no país de origem da prova, respeitando-se os princípios da ordem pública, da soberania nacional e dos bons costumes, conforme estipulado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

13.5.1.2 Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas

A doutrina coloca em categorias distintas, provas ilícitas e provas ilegítimas. Assim, "prova ilegal" é o gênero, em que está inserido dois tipos de provas: provas ilícitas e provas ilegítimas.

As provas ilícitas são aquelas produzidas com violação à direito material, aí incluído as normas constitucionais, por exemplo, a interceptação telefônica realizada sem autorização judicial. Prova ilegítima é a realizada com desrespeito às normas de direito processual, dentro do processo em que ela foi produzida, por exemplo, perícia executada por um perito não oficial, ou seja, em desobediência ao art. 159, parágrafo 1º, CPP. Nesse caso, inexiste ilicitude, o juiz deverá corrigir ou complementar a prova ilegítima. Assim, não existe, a princípio, uma nulidade absoluta.

Importante lembrar que Constituição Federal, em seu art. 5º LVI, dispõe que: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Complementando a norma constitucional, o art. 157 do CPP assevera que: "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

13.5.1.3 Provas Ilícitas

Ao discutir sobre as provas ilícitas é necessário trazer a íntegra do artigo que disciplina a matéria no CPP, pois a partir dele há diversas implicações. Assim:

> *Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*

> *§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *§ 4º (VETADO)*
> *§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.*

O parágrafo primeiro acima transcrito trata das provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas provas que, apesar de parecerem lícitas em seu âmago, são oriundas, derivam de uma prova ilícita, por tal razão a denominação "provas ilícitas por derivação".

Trata-se, também, da **Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados (*Fruit of the Poisonous Tree Doctrine*),** a qual teve sua origem no direito norte-americano, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920). Assim, por exemplo, se uma prova é obtida com autorização judicial, como uma busca e apreensão em determinado domicílio, cuja informação foi obtida por meio de um depoimento colhido mediante tortura (essa prova é ilícita), também será ilícita, pois deriva, é fruto de uma árvore envenenada (tortura), apesar de ter a aparência de prova lícita.

Essa teoria foi implementada em distintos sistemas jurídicos, como é o caso do Brasil, art. 157, § 1º do CPP. Assim, se a fonte (a árvore) da prova é ilícita, foi alcançada de forma que viole às normas constitucionais ou de direito material, então todos os frutos dela decorrentes (provas derivadas) são da mesma forma ilícitos. Nesse sentido, qualquer evidência, indício, que seja colhida a partir de uma violação legal é também apreciada como contaminada e, assim, inadmissível em um processo penal.

Já foi mencionado que no direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 resguarda os indivíduos contra a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, conforme dicção do artigo 5º, inciso LVI, do qual decorre serem inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

A consequência imediata do reconhecimento de uma prova ilícita, seja primária, seja por derivação é a inadmissibilidade de tal prova e o seu desentranhamento dos autos processuais.

> *Observamos a tendência de considerar gênero o termo ilicitude no próprio acórdão citado por MORAES linhas após, relatado pelo Ministro Celso de Mello: "A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica". Ao final, menciona o ilustre Ministro que o banimento processual de prova ilicitamente colhida se destina a proteger os réus contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora dando a entender que o ilícito abarca o ilegal e o ilegítimo.*[615]

O § 3º do artigo 157 apresenta as exceções à inadmissibilidade da prova derivada nas situações em que se comprova: a) **Ausência de Nexo de Causalidade**: A prova derivada pode ser permitida se for comprovado que não existe uma afinidade de causa e efeito entre a prova originalmente ilícita e a prova derivada. Isso quer dizer que a prova derivada não dependeu em nada da informação colhida ilegalmente para ser produzida; b) **Fonte Independente**: será admitida se restar comprovado que ela poderia ter sido conseguida por uma fonte totalmente independente daquela tida como ilícita. Assim, ainda que exista um nexo causal entre a prova ilícita e a derivada, se a autoridade policial, por exemplo, pudesse ter colhido a prova derivada por um meio lícito e independente; c) **Descoberta Inevitável**: Outra exceção à hipótese de inadmissibilidade é a teoria da descoberta inevitável, pela qual se consente a prova derivada se for evidenciado que, mesmo sem a prova ilícita, a descoberta da prova derivada seria inevitável, ou seja, dadas as circunstâncias e os meios legais de investigação a autoridade policial chegaria de qualquer modo àquela prova.

A fim de ilustrar o § 3º do artigo 157, segue o exemplo: Em uma operação policial não autorizada judicialmente, ou seja, sem

mandado, a polícia descobre ilicitamente o endereço anotado em uma agenda de um esconderijo de contrabando de armas. Entretanto, uma investigação lícita e independente, fundamentada em interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, já havia descoberto a localização desse esconderijo. Assim, a localização do esconderijo será lícita no processo penal, nesse caso, ocorreu as exceções de fonte independente ou descoberta inevitável. Isso quer dizer que, mesmo sem a agenda colhida de maneira ilícita, a investigação lícita teria chegado no mesmo local.

O pacote anticrime Lei n. 13.964/2019 incluiu no art. 157, § 5º a contaminação imediata do juiz que teve contado com prova ilícita, segundo a dicção do artigo, o juiz não deveria proferir sentença ou acórdão, pois estaria contaminado pela prova ilícita e ainda que não a utilizasse em sua argumentação decisória, o conhecimento dela influiria na sua tomada de decisão.

Contudo, o STF ao julgar as quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs n. 6298, 6299, 6300 e 6305) que impugnavam as alterações no Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime declarou tal alteração inconstitucional, por entender a norma desproporcional e desarrazoada, conforme trecho a seguir transcrito.

> *IX - ARTIGO 157, § 5º. ALTERAÇÃO DO JUIZ NATURAL QUE CONHECEU PROVA DECLARADA INADMISSÍVEL. INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA DE IMPEDIMENTO AUTOMÁTICO. (a) A Lei 13.964/2019 introduziu uma segunda regra de impedimento da autoridade judicial, fundada na presunção de sua parcialidade em razão de ter tomado conhecimento de provas declaradas ilícitas. (b) Deveras, o texto do artigo 157, § 5º, ora impugnado, estabeleceu que "O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão." (c) Trata-se de norma manifestamente irrazoável, desproporcional e incompatível com os postulados constitucionais. Isto porque os princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade restam violados pela regra em questão, permitindo eventual manipulação da escolha do órgão julgador ou sua exclusão, conduzindo à inconstitucionalidade a técnica eleita legislativamente. (d) Em conclusão, o artigo 157, § 5º, do CPP, ao estabelecer que o juiz, simplesmente por conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível, não poderá proferir a sentença ou acórdão, revela*

inconstitucionalidade material manifesta, atentando, ainda, contra as normas insculpidas no artigo 5º, incisos LIII e LXXVIII, da CRFB/1988, concernentes ao juiz natural e à garantia da duração razoável dos processos. (STF, Julgamento conjunto: ADI 6.298/DF; ADI 6.299/DF; ADI 6.300/DF e ADI 6.305/DF (relator Min. Luiz FuxTribunal Pleno, julgado em 24-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-12-2023 PUBLIC 19-12-2023).

Vários doutrinadores entendem, contudo, que errou o STF ao declarar a citada norma inconstitucional. O erro apontado pela doutrina habita na preocupação central de que, uma vez que o juiz tenha tomado conhecimento da prova ilícita, mesmo que ela seja desentranhada do processo, sua influência dessa contaminaria fatalmente o julgador. Imagine, como exemplo, que alguém lhe contasse o final de uma série antes de você assisti-la; mesmo buscando ignorar a informação, sua experiência ao assistir estaria prejudicada. Da mesma maneira, argumenta-se que a decisão do juiz seria afetada pelo conhecimento prévio da prova ilícita, comprometendo a imparcialidade exigida para a elaboração de uma decisão ou acórdão justos.

A fim de encerrar o assunto referente às provas ilícitas, cumpre mencionar que a restrição ao uso das provas ilícitas é relativa, comportando algumas hipóteses em que o uso da prova ilícita no processo penal é aceitável.

De fato, o princípio da proporcionalidade, especialmente em relação à admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos em processos judiciais é o núcleo que norteia o assunto. Esse princípio, embora não explicitamente previsto na legislação constitucional brasileira, é derivado de uma interpretação sistemática das normas constitucionais e adotado pela doutrina como fundamental para solucionar conflitos entre direitos e garantias constitucionais.

Assim, de acordo com o princípio da proporcionalidade, em determinados casos, excepcionais e graves, é possível justificar o uso de provas ilícitas no processo penal, ponderando-se o sacrifício de

um direito constitucional em prol de outro de igual ou superior valia.

Com efeito, isso é fundamentado na ideia de que nenhum direito ou garantia individual é absoluto, e que pode haver situações em que o interesse público ou a proteção de outros direitos fundamentais exijam uma flexibilização na admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

De fato, foi visto que a proibição de usar provas ilícitas serve como uma proteção contra abusos do Estado e tende a garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, como a liberdade, a intimidade, e a presunção de inocência. Apesar disso, a aplicação do princípio da proporcionalidade admite que, em casos extremamente graves, possa haver a necessidade de equilibrar esse direito contra outros direitos e garantias constitucionais, permitindo, assim, que provas obtidas de forma ilícita possam ser utilizadas em favor da justiça e do bem comum.

A teoria é amparada tanto pela doutrina nacional quanto por decisões de tribunais estrangeiros, como a Corte Constitucional Alemã, que reconhecem a importância de balancear direitos fundamentais contrastantes. O princípio se desdobra em subprincípios de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, que servem como critérios para avaliar a legitimidade do uso de tais provas.

Em compêndio, o princípio da proporcionalidade reflete a compreensão de que a justiça deve ser alcançada de forma equilibrada, permitindo, em circunstâncias excepcionais, o uso de provas ilícitas quando este se mostrar proporcional aos valores maiores em jogo, sempre com o objetivo de preservar o interesse público e garantir a efetiva aplicação da justiça.

No caso concreto, se uma prova ilícita demonstrar a inocência do réu, utilizando-se a proporcionalidade, ela deve ser utilizada a fim de que se fundamente a inexistência de crime cometido pelo acusado, eis que "*desconsiderar a prova nesse caso levaria à consagração abusiva da punição*"[616].

Além do princípio da proporcionalidade, Afrânio Silva Jardim, argumenta que o réu que comete um crime para conseguir uma prova que lhe favoreça está protegido pelo estado de necessidade justificante, tendo em vista que *"o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas)",* por exemplo, *"em uma situação não provocada de conflito extremo, justifica a conduta do réu"*, o réu estará *"agindo de acordo com o direito e não de forma contrária"*, sendo, nesse caso, a prova, assim, lícita e admissível. [617]

13.6 Produção Probatória

A doutrina baseada no Código de Processo Penal apresenta quatro etapas fundamentais do processo probatório no contexto jurídico, senão veja: 1) proposição; 2) admissão; 3) produção; 4) valoração.

Fase de proposição: Esta fase representa o início do processo probatório, onde as partes processuais — acusação e defesa — requerem formalmente (normalmente por meio de petição ou oralmente, se a necessidade da prova surge em uma audiência de instrução, nos termos do art. 402 do CPP, por exemplo), a necessidade de determinadas provas no processo. O pedido deve ser realizado, via de regra, juntamente com a denúncia ou queixa-crime (no caso do autor), ou na resposta à acusação, quando realizado pela

defesa, sob pena de preclusão. Um exemplo clássico dessa etapa é o disposto no art. 41 e 396-A do CPP:

> *Art. 41. A denúncia ou queixa deve detalhar o fato criminoso, suas circunstâncias, identificar o acusado e classificar o crime, incluindo, se necessário, uma lista de testemunhas.*
> *Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.*

No Tribunal do Júri observa-se o disposto nos arts. 422 e 479 do CPP.

Fase de Admissão: durante esta etapa, cabe ao juiz examinar e decidir sobre a pertinência das provas requeridas pelas partes do processo. A decisão do juiz será de aceitação ou rejeição das solicitações de prova, fundamentada em critérios de relevância e pertinência. O CPP dispõe que provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias podem ser recusadas pelo juiz da causa: "Art. 400 [...] § 1º As provas serão examinadas em uma única audiência, permitindo ao juiz descartar aquelas julgadas irrelevantes, impertinentes ou que visem apenas atrasar o processo".

Caso a defesa entenda que o indeferimento de uma determinada prova seja cerceamento de defesa ou até mesmo de acusação, no caso de prova requerida pelo autor da ação penal e indeferida pelo juiz. Ou seja, a parte que se sentir lesada pode ingressar com correição parcial, que é o meio pelo qual se impugna decisões judiciais impugnáveis via recurso, a fim de questionar *error in procedendo*.

Todavia, se a defesa entender que o indeferimento da prova é tão grave a ponto de prejudicar o réu de maneira irreversível, ela pode ingressar com uma ação autônoma impugnativa da decisão judicial, a exemplo do Habeas Corpus, a fim de que um órgão superior avalie

a decisão impugnada. Ressalta-se que na ausência de recurso previsto em lei, o HC, para a defesa, serve como ação impugnativa.

Fase de Produção: esta fase é o momento em que as provas são efetivamente coletadas, ou seja, produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, é que ocorrerá a apresentação de documentos, depoimentos de testemunhas, realização de exames periciais, entre outros, ou seja, conjunto de atos destinados a provar demonstrar determinado fato dentro do processo penal. Nessa etapa processual, impera o princípio da liberdade probatória, autorizando que as provas sejam apresentadas em qualquer momento do processo desde que ocorra até a audiência de instrução e julgamento, momento em que só serão admitidos novos requerimentos e decorrente produção probatória se a questão surgir nessa audiência, nos termos do art. 402 do CPP.

Fase da Valoração: nesta última etapa o juiz analisa todas as provas colhidas durante a instrução processual. É por meio desta análise que o juiz realizará a formação do seu convencimento, que, lembre-se, embora livre deve ser motivado. Assim, magistrado fundamentará sua decisão final nas provas ou ausência de provas produzidas no processo. Este é um exercício de discernimento cuidadoso, onde o juiz deve ponderar a força, relevância e consistência de cada elemento probatório apresentado.

Ainda sobre a produção probatória, importante mencionar que a ausência de inquérito policial não impede o oferecimento da denúncia pelo MP, desde que existam elementos, ainda que oriundos de outras fontes (um processo administrativo disciplinar, por exemplo), aptos a demonstrar indícios de autoria e prova da materialidade da ocorrência de um fato tipificado como crime.

Por fim, no que diz respeito ao procedimento comum sumaríssimo, a lei nº 9.099/95, estabelece que a produção de provas

deve ocorrer durante a audiência concentrada, permitindo ao juiz limitar ou excluir provas consideradas desnecessárias.

Essa norma reflete o princípio da concentração, visando a eficiência e celeridade do processo, ao concentrar todos os atos em uma única audiência. Todavia, essa regra não é absoluta, permitindo exceções como perícias, inspeções judiciais e a oitiva de testemunhas que residam em outra comarca. Para a acusação, o momento de produção de prova é definido quando as testemunhas são listadas na denúncia ou queixa, enquanto para a defesa não exista norma expressa, havendo a interpretação de deve ocorrer quando o acusado é ouvido, podendo incluir testemunhas e requerer outras provas. Também, a lei especifica que o réu deve trazer suas testemunhas à audiência ou solicitar a intimação das mesmas dentro de um prazo de cinco dias antes da audiência, sob pena de preclusão (art. 78, § 1º, da Lei n. 9.099/95).

13.6.1 Produção Antecipada de Provas

A produção antecipada de provas no processo penal brasileiro é uma prática permitida em situações excepcionais, está prevista no art. 156, I e art. 366, ambos do CPP, com a finalidade de preservar a eficácia da justiça.

> *Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *Art. 366[618]. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.*

Conforme dicção dos artigos supratranscritos, justifica-se, a produção antecipada de provas, pela urgência ou pelo risco de perda de provas com o decurso do tempo, o qual tem o condão de causar a

deterioração de evidências ou demoras na coleta após a ocorrência do crime.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal autoriza essa antecipação para assegurar a obtenção de provas urgentes e relevantes, mesmo antes da ação penal ser iniciada (art. 156, I do CPP), ou quando o réu não é citado pessoalmente e sendo citado por edital, não comparece ao processo.

No entanto, essa prática pode suscitar preocupações quanto ao princípio do contraditório, pois a defesa pode não participar efetivamente da coleta de provas.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecendo essas questões, nos termos da Súmula 455, estabeleceu a necessidade de fundamentação concreta para tais medidas e admitiu casos de aproveitamento de provas antecipadas em benefício da economia processual, sem prejuízo à defesa.

> *Súmula 455/STJ: A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.*

Também, o STJ ao julgar o RHC 64.086, a Terceira Seção, qualificou como legal a antecipação da prova testemunhal de policiais, sob o risco de esquecimento tendo em vista o fato de que os policiais estão submetidos a eventos semelhantes diariamente.

O STJ, por meio de sua Sexta Turma, no REsp. 1.959.984, deliberou pelo aproveitamento de provas antecipadas, originadas em relação aos demais denunciados, para aquele que teve o processo suspenso por não ter sido encontrado para ser citado, tendo, por conseguinte, o processo suspenso nos termos do art. 366 do CPP.

É importante ressaltar que há importante posição doutrinária contrária ao art. 156, I do CPP, tal disposição legal negligencia os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito ao

permitir que um juiz produza provas de ofício durante a fase de inquérito, antes mesmo do início da ação penal. “Isso é visto como uma prática inquisitória e incompatível com a era digital globalizada, onde o juiz assume um papel de parte e investigador, o que ameaça a imparcialidade judicial e poderia ser considerado inconstitucional”.[619]

Em compêndio, apesar de ser uma ferramenta valiosa para a justiça, a produção antecipada de provas exige cautela e fundamentação, respeitando os direitos de defesa e os princípios jurídicos, especialmente do devido processo legal.

Sobre o assunto, importante mencionar o informativo 640 do STJ: “Informativo: 640 do STJ – Processo Penal. Resumo: É cabível recurso em sentido estrito para impugnar decisão que indefere produção antecipada de prova, nas hipóteses do art. 366 do CPP”.

Em caso de deferimento da prova antecipada, especialmente se não observados os requisitos do art. 225 do CPP, embora não exista recurso cabível é possível opor ações impugnativas contra a decisão, habeas corpus ou mandado de segurança, a depender do caso concreto.

13.5.2 Atividade probatória do juiz

Acerca da atividade probatória (instrutória) do juiz, dispõe o CPP:

> *Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*
> *II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*

O art. 156 do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que, enquanto regra geral, o ônus da prova cabe à parte que faz a

alegação, mas consente que o juiz, de ofício, ordene a produção antecipada de provas urgentes e relevantes antes mesmo da ação penal (inciso I) ou determine diligências durante a instrução ou antes da sentença para esclarecer dúvidas sobre pontos relevantes (inciso II).

No contexto do processo penal brasileiro, a atividade probatória do juiz constitui um tema de relevante e intenso debate doutrinário e jurisprudencial, estando sua possibilidade e limites intrinsecamente relacionados aos princípios constitucionais que norteiam o sistema processual penal.

De fato, a iniciativa probatória do juiz é abordada sob a perspectiva de uma necessidade instrumental à luz da busca pela verdade processual, garantindo-se, assim, a justiça das decisões judiciais. Ao menos, esse é o argumento que ampara a constitucionalidade do artigo.

Todavia, à luz do sistema acusatório, tal atividade probatória do juiz deveria inexistir, visto que, sendo a atividade jurisdicional imparcial, o juiz não deveria demonstrar nenhum interesse na causa, mesmo que seja processual. Nesse sentido, a atividade probatória deveria ficar adstrita às partes processuais.

Assim, a constitucionalidade do inciso I, que permite ao juiz atuar oficiosamente na fase investigativa, é questionada por possivelmente conflitar com o sistema acusatório previsto na Constituição de 1988, que separa as funções de acusar, defender e julgar, garantindo a imparcialidade do juiz. A Lei 13.964/2019, ao introduzir o art. 3º-A no CPP, buscou reforçar a estrutura acusatória, vedando explicitamente a iniciativa do juiz na fase extrajudicial da persecução criminal.

A produção de provas de ofício pelo juiz durante o processo criminal (inciso II) menos criticada pela doutrina, desde que

vinculada a esclarecer dúvidas surgidas das provas apresentadas pelas partes, compatibilizando-se com o sistema acusatório. Os arts. 196, 209, 234 e 242, todos do CPP, permitem ao juiz tomar iniciativas para o esclarecimento da verdade.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar as ADIs ns. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, interpretou o art. 3º-A do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019, de forma a permitir que o juiz, dentro dos contornos estabelecidos pela lei, possa, de ofício, ordenar diligências acessórias para esclarecer dúvidas sobre questões importantes ao julgamento do caso. Isso significa que, apesar de o sistema processual ser considerado acusatório, existe a possibilidade de o juiz intervir na produção de provas para garantir a clareza sobre aspectos relevantes para a decisão. A decisão do STF reconhece a estrutura acusatória do processo, mas admite que o juiz possa exercer um papel mais ativo na investigação, sob condições específicas previstas no CPP, como nos artigos 156 e 209, posição que, por razões obvias é criticada pela doutrina.[620]

Importante recordar que esta atuação do magistrado, apesar disso, deve estar em harmonia com os princípios da presunção de inocência e do contraditório, assim como com a regra do *in dubio pro reo*.

Apesar da possibilidade conferida ao juiz pelo artigo em análise, o magistrado não pode ter uma participação ativa na produção probatória, devendo estar restrito a dúvidas que surgirem durante a fase de instrução processual, sob a pena de declaração de nulidade processual, conforme se vislumbra do acordão a seguir transcrito:

> *Penal e Processual Penal. Imparcialidade judicial e sistema acusatório. Postura ativa e abusiva do julgador no momento de interrogatório de réus colaboradores. Atuação em reforço da tese acusatória, e não limitada ao controle de homologação do acordo. As circunstâncias particulares do presente caso demonstram que o juiz se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório. Imparcialidade judicial como base fundamental do processo. Sistema acusatório e*

separação das funções de investigar, acusar e julgar. Pressuposto para imparcialidade e contraditório efetivos. Precedente: ADI 4.414, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.5.2012. Agravo regimental parcialmente provido para declarar a nulidade da sentença condenatória proferida por violação à imparcialidade do julgador. (RHC 144615 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25-08-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020

13.7 Admissibilidade e Valoração da Prova

Conforme entendimento de Grinover[621], já mencionado anteriormente, tem-se que "as atividades processuais concernentes à prova desdobram-se em quatro momentos": ou seja, as provas são: "a) propostas (indicadas ou requeridas); b) admitidas (quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade); c) produzidas (introduzidas no processo); e d) apreciadas (valoradas pelo juiz)".

Assim, uma vez que as provas sejam requeridas em seu momento oportuno (apresentação da peça acusatória e resposta à acusação, via de regra), o juiz avaliará sua admissibilidade, levando em consideração a legalidade das provas requeridas, sua pertinência e a adequação à forma prevista em lei (por ex. art. 155, parágrafo único do CPP), assim como a possibilidade de se utilizar prova emprestada.

Embora seja um despacho que visa dar à marcha processual seu correto encaminhamento, a decisão pode ser extremamente complexa, como nos casos em que se admite uma prova ilícita produzida pelo réu.

Nesse sentido, admite-se todos os meios de prova, salvo aqueles proibidos pela lei. Também, as provas impertinentes serão indeferidas pelo juiz, de acordo com os arts. 400, § 1º, e 184, CPP.

Art. 400 [...] § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.
Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Ainda quanto à admissibilidade da prova, o foco passa a ser sobre a admissão das provas ilícitas no processo penal. Sabe-se que é proibida, via de regra, porém, ao longo do tempo, desenvolveram-se exceções que permitem seu uso sob circunstâncias específicas.

O princípio norteador é que provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis, conforme estipulado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal. No entanto, existem situações em que tais provas podem ser admitidas, especialmente quando estão em jogo valores e princípios constitucionais de maior relevância.

Assim, as exceções à regra da inadmissibilidade incluem casos onde não há nexo causal entre a prova ilícita e a prova derivada desta, ou quando a prova derivada poderia ser obtida por uma fonte independente da prova ilícita (conforme já explicado anteriormente).

Além disso, o princípio da proporcionalidade pode justificar a admissão de provas ilícitas quando o valor da obtenção da verdade no processo penal e a promoção da justiça superam o desrespeito à norma violada para a obtenção da prova. Este princípio pode ser aplicado tanto para proteger o réu (“favor rei”), nos casos em que serve para demonstrar a inocência do réu, por exemplo.

Não se admite, em hipótese alguma, prova ilícita em desfavor do réu, visto que o Estado não pode se valer de lesão a um direito sob o argumento da punição, o direito, frise-se, serve justamente contra abusos cometidos pelo poder estatal e que no percurso histórico se mostraram extremamente danosos ao indivíduo que pouco ou nada pode contra o poder do Estado. Nesse sentido, em sede de repercussão geral decidiu, acertadamente, o STF:

> *CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PERÍCIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM APARELHO CELULAR ENCONTRADO FORTUITAMENTE NO LOCAL DO CRIME. ACESSO À AGENDA TELEFÔNICA E AO REGISTRO DE CHAMADAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO*

EM QUE SE RECONHECEU A ILICITUDE DA PROVA (CF, ART. 5º, INCISO LVII) POR VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISOS XII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL. (ARE 1042075 RG, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23-11-2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 11-12-2017 PUBLIC 12-12-2017)

Dessa forma, enquanto a regra é a inadmissibilidade, a jurisprudência brasileira reconhece que, em determinadas circunstâncias excepcionais e quando guiadas por uma análise rigorosa de proporcionalidade e razoabilidade, provas ilícitas podem ser admitidas no processo penal para garantir que valores fundamentais não sejam prejudicados.

Anteriormente foi visto sobre os sistemas de apreciação da prova no processo penal e constatou-se que o sistema adotado pelo direito brasileiro é o do livre convencimento motivado.

Em tal sistema ao valorar a prova, o juiz natural possui ampla autonomia na avaliação das provas, contanto que justifique sua decisão de forma clara e precisa.

Assim, além da liberdade de análise das provas, tanto individualmente quanto em seu conjunto, há a imposição constitucional e legal explícita de que as decisões sejam fundamentadas. Essa obrigatoriedade de especificar os fundamentos da decisão permite que as partes compreendam que o juízo do magistrado foi efetivamente baseado nas evidências apresentadas e entenda os motivos que o conduziram a tal conclusão, garantindo, do mesmo modo a possibilidade de exercer o direito ao recurso, quando cabível.

Logo, dispõe a CF/88 e o CPP:

Art. 93/CF [...]
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.
Art. 155/CPP: *O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*

O sistema da livre convicção motivada na valoração da prova ocasiona os seguintes efeitos no processo penal: a) todas as provas possuem valor relativo e não existe uma hierarquia entre elas, incluindo a confissão, conforme estabelecido pelo art. 197 do CPP; b) ainda que os juízes tenham a liberdade de avaliar a pertinência (admissibilidade) das provas, essa liberdade não é ilimitada, devendo as decisões ser sempre fundamentadas de maneira coerente; c) é essencial que todas as provas produzidas durante o processo sejam consideradas pelo juiz, mesmo que seja para desconsiderá-las; d) quanto à validade das provas, desde que sejam lícitas e legítimas, todas são válidas no processo, incluindo aquelas não especificamente previstas em lei (provas inominadas) e as que não seguem um procedimento probatório definido por lei (provas atípicas), desde que devidamente juntadas aos autos do processo penal.

Por fim, no momento em que o juiz irá presidir a produção probatória, admitir ou valorar a prova, ele deve observar o contraditório e ampla defesa, sob pena de nulidade processual, conforme ilustra a jurisprudência a seguir transcrita:

HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO. FALTA DE CITAÇÃO PRÉVIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CIENTIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO NA DATA DA AUDIÊNCIA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO AO RÉU QUE COM ELE SE ENTREVISTOU PREVIAMENTE E NÃO REQUEREU O ADIAMENTO DO ATO. NEGAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME PELO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A SUA DEFESA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NULIDADE. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O ATO. PROVA ACUSATÓRIA, COLHIDA NA AUDIÊNCIA, UTILIZADA PARA A CONDENAÇÃO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A falta de citação não

anula o interrogatório quando o réu, ao início do ato, é cientificado da acusação, entrevista-se, prévia e reservadamente, com a defensora pública nomeada para defendê-lo - que não postula o adiamento do ato -, e nega, ao ser interrogado, a imputação. Ausência, na espécie, de qualquer prejuízo à defesa. 2. É nula, por violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a audiência de instrução realizada sem a presença da Defensoria Pública, não intimada pessoalmente para o ato, máxime quando a prova acusatória nela colhida tiver embasado a condenação do paciente. 3. A atuação da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134, CF), não pode ser considerada fungível com a desempenhada por qualquer defensor ad hoc, sendo mister zelar pelo respeito a suas prerrogativas institucionais. 4 – Ordem parcialmente concedida, para anular a condenação do paciente. HC 121.682, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 14-11-2014 PUBLIC 17-11-2014 = HC 125.270, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 23-6-2015, Segunda Turma, DJE de 3-8-2015.

13.8 Procedimentos Probatórios Específicos e Cadeia de Custódia

Os meios de produção probatória previstos em lei, encontram-se nos artigos 158 ao 250, do CPP e em legislação esparsa, a exemplo da Lei n. 9.296/1996 que trata da interceptação telefônica; Lei n. 12.850/2013 que dispõe sobre a colaboração premiada, da ação controlada, da infiltração de agentes e do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações.

O capítulo II, do Título VII, trata "do exame de corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral", iniciando no art. 158 até o art. 184 do CPP.

A normatização da prova pericial no Código de Processo Penal (CPP) está delineada em tais artigos, englobando, portanto, o exame de corpo de delito e outras perícias específicas, tais como análises em locais de incêndio para determinação de causas, exames em armas de fogo para aferição de potencialidade lesiva, comparação de grafias em escritos, e exames em cadáveres pós-inumação.

O exame de corpo de delito é especialmente enfatizado nesse contexto, sendo essencial para a comprovação da materialidade da infração penal e sujeito a nulidade processual na sua ausência, conforme estipulado pelo art. 564, III, b, do CPP.

Assim, dispõe o art. 158 traz a obrigatoriedade do exame de corpo de delito, *in verbis:*

> *Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.*
> *Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:*
> *I - violência doméstica e familiar contra mulher;*
> *II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.*

Cumpre explicar que exame de corpo de delito é a perícia realizada para atestar a materialidade de um crime, logo é sinônimo de prova pericial. É classificado é corpo de delito direto e indireto. De maneira direta é realizado por meio de perícia no objeto do crime, por exemplo: perícia na substância apreendida e que se acredita tratar-se de droga; no cadáver que se acredita ter sido vítima de um homicídio. Já o corpo de delito indireto é aquele que realizado por meio de prova testemunhal, tendo em vista ter desaparecido os vestígios do crime, é o que dispõe o art. 167 do CPP: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".

Embora o corpo de delito indireto não seja o ideal, ele é utilizado em casos que sejam impossíveis a realização do exame direto, como o foi com o caso conhecido nacionalmente do homicídio de Eliza Samúdio.

A Lei 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, introduziu modificações significativas ao CPP, incluindo a adição da expressão "Da Cadeia de Custódia" e a inclusão dos artigos 158-A a 158-F, que ampliam a disciplina sobre a matéria. Dispõe o CPP:

> *Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

> *§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.*

O escopo da cadeia de custódia é manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado pela polícia científica, assim como rastrear a posse e o manuseio de tal vestígio.

O STJ entende que qualquer interferência indevida na cadeia de custódia acarreta a o instituto denominado "quebra de cadeia de custódia":

> *O instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e, uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade" (AgRg no RHC n. 147.885/SP, Rel. Min. OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021).*

O ministro Ribeiro Dantas do STJ, no RHC 77.836, enfatizou que a cadeia de custódia visa assegurar o devido processo legal, incluindo a ampla defesa e o contraditório, e que qualquer interferência pode tornar a prova imprestável.

Em contrapartida, deficiências na cadeia de custódia (quebra da cadeia de custódia) podem levar à inadmissibilidade das provas, como observado no caso julgado pela Quinta Turma do STJ, onde a ausência de registro documental sobre os procedimentos de manutenção de provas digitais resultou na rejeição das mesmas.

No entanto, a Sexta Turma do STJ decidiu que a quebra na cadeia de custódia não necessariamente invalida a prova se houver evidências suficientes para sustentar a condenação, como demonstrado no AREsp 1.847.296. Além disso, foi decidido no REsp 1.825.022 que irregularidades assinaladas após a pronúncia são

preclusas, ou seja, não podem ser usadas para anular o processo em etapas posteriores. O julgamento do HC 653.515 revelou que a quebra da cadeia de custódia, por si só, não implica automaticamente a nulidade da prova, sendo necessário um exame detalhado sobre os efeitos da mesma em cada caso.

Sobre o mesmo assunto e por fim, a Quinta Turma do STJ, no HC 739.866, declarou que não é possível alegar quebra da cadeia de custódia com base em normas que não existiam ao tempo do fato, demonstrando a aplicação da lei processual no tempo a partir de sua entrada em vigor, não retroagindo.

Assim, provas periciais, mesmo aquelas não expressamente regulamentadas no CPP, podem ser admissíveis desde que o método empregado seja cientificamente reconhecido e não viole direitos e garantias fundamentais, respeitando-se as normas gerais de perícia.

Tais disposições se aplicam também a perícias com regulamentações específicas, como aquelas previstas nos arts. 527 e 530-D para crimes contra a propriedade imaterial, e o laudo de constatação da natureza de drogas apreendidas, disciplinado pelo art. 50, § 1º, da Lei 11.343/2006, ressaltando-se a coexistência de regramentos processuais penais e legislações especiais na condução de perícias.

Passando ao **interrogatório do réu**, uma etapa processual onde o acusado tem a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos diretamente ao juiz, exercendo direito de autodefesa – enquanto a defesa técnica é realizada por seu defensor. Conforme Aury Lopes Jr., é essencial que o réu esteja ciente de seus direitos, incluindo o de permanecer em silêncio, durante o interrogatório, tanto na fase de inquérito quanto após a fase processual.[622]

O interrogatório é composto de duas partes, sendo a primeira, relativa à qualificação do réu, não há direito ao silêncio.

Houve intensos debates na jurisprudência sobre a possibilidade de o réu exercer o direito ao silencio parcial, ou seja, aquele em que cala perante as perguntas da acusação e responde aos questionamentos da defesa, conforme lição de Avena:

> *Trata-se da hipótese em que o réu declara ao juiz que não responderá às perguntas de todos os sujeitos processuais, mas apenas de um ou alguns. Não é incomum esse comportamento no âmbito do Tribunal do Júri, ressaltando o réu, por orientação de seu advogado, que não responderá questionamentos formulados pelo Ministério Público, limitando-se a responder perguntas do juiz, do defensor e dos jurados. Pois bem, embora não se trate de tema sedimentado, é indiscutível que a tendência dos tribunais é de admitir essa postura do réu, podendo "selecionar" o que e a quem responder.*[623]

O STJ tem confirmado o direito ao silêncio parcial, em um caso concreto o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma do STJ, concedeu habeas corpus (HC n. 833.704/SC) para a realização de um novo interrogatório de um réu acusado de tráfico de drogas em Santa Catarina, assegurando-lhe o direito ao silêncio seletivo. O STJ reverteu a decisão das instâncias inferiores que haviam negado a possibilidade de o acusado responder somente às perguntas de sua defesa. O Ministro explicou que o direito ao silêncio é parte do princípio de não autoincriminação e que o interrogatório serve não apenas como meio de prova, mas como instrumento de autodefesa, cabendo à defesa definir sua estratégia. Assim, a ordem foi concedida para anulação das decisões anteriores e a garantia do direito ao silêncio parcial no novo interrogatório.

No que diz respeito à **confissão** do acusado, prevista nos arts. 197 ao 200 do CPP, outro instrumento probatório, deve ser voluntária e consciente, sendo analisada dentro do contexto probatório. No sistema inquisitivo era considerada a rainha das provas, atualmente é só mais um elemento probatório que isoladamente pouca serventia possui.

O art. 197 do CPP especifica que a confissão será valorada juntamente com outras provas, não podendo ser utilizada

isoladamente para fundamentar uma condenação, isso é basilar em um sistema acusatório.

Quanto à figura do **ofendido**, prevista no art. 201 do CPP, este não é obrigado a prestar compromisso de verdade, visto que não é testemunha e sim vítima, e sua palavra, especialmente em crimes ocorridos no ambiente familiar, pode ser decisiva, desde que coerente e corroborada com outros elementos probatórios. A legislação e a jurisprudência reconhecem a importância do testemunho da vítima, conforme reforçado por decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Em tese jurisprudencial elaborada pelo STJ restou estabelecido que:

> *13) Nos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar o recebimento da denúncia ou a condenação, pois normalmente são cometidos sem a presença de testemunhas.*[624]

A prova **testemunhal,** regulada nos arts. 202 ao 225 do CPP. De fato, o papel da prova testemunhal é destacado, com a legislação permitindo a inclusão de uma ampla gama de indivíduos como testemunhas, respeitando a necessidade de imparcialidade e relevância em seus depoimentos, visto que na qualidade de testemunha, há a obrigação de dizer a verdade (art. 203 do CPP) sob pena de incorrer no crime de falso testemunho previsto no art. 342 do CP.

Contudo, o art. 208 aduz que: “não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”.

Especificamente, o CPP e o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil delineiam os limites e obrigações de profissionais, como advogados, em relação ao sigilo e à participação em processos como testemunhas. De fato, o art. 207 impõe que:

> *São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.*

O art. 226 ao 228 do CPP trata do **reconhecimento de pessoas e coisas**. Quanto ao reconhecimento de pessoas, dispõe o art. 226 do CPP:

> *Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*
> *I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;*
> *Il - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*
> *III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;*
> *IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.*
> *Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.*

O art. 226 do CPP delineia o procedimento de reconhecimento de pessoas, sendo sua observância obrigatória, conforme decido pelo STJ no HC nº 598.886/SC.

Apesar da prevalência histórica de uma aplicação flexível do artigo, os tribunais têm se alinhado ao entendimento de que o descumprimento dessas formalidades acarreta a ilegalidade e a invalidade da prova de reconhecimento, isso em razão de que a inobservância do procedimento previsto em lei acarretou a condenação de pessoas inocentes.

Didática é a decisão do STJ no HC n. 712781/RJ:

> *HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel.*

Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 1.2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 1.3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva com base no exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. 2. Necessário e oportuno proceder a um ajuste na conclusão n. 4 do mencionado julgado. Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal. Segundo a doutrina especializada, o reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, após o reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, encontra sérias e consistentes dificuldades epistemológicas. 3. Se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao standard probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia. 4. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas três teses: 4.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 4.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual

condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 4.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. 5. Na espécie, a leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, além da análise do contexto fático já delineado nos autos pelas instâncias ordinárias, permitem inferir que o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima e sem que nenhuma outra prova (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) autorizasse o juízo condenatório. 6. Mais ainda, a autoridade policial induziu a vítima a realizar o reconhecimento - tornando-o viciado - ao submeter-lhe uma foto do paciente e do comparsa (adolescente), de modo a reforçar sua crença de que teriam sido eles os autores do roubo. Tal comportamento, por óbvio, acabou por comprometer a mínima aproveitabilidade desse reconhecimento. 7. Estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho alertam que é contraindicado o show-up (conduta que consiste em exibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou a testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não, autora do crime), por incrementar o risco de falso reconhecimento. O maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial está no seu efeito indutor, porquanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do crime, que acaba por contaminar e comprometer a memória. Ademais, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto. 8. Em verdade, o resultado do reconhecimento formal depende tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de diversos aspectos externos que podem influenciá-lo, como o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso), a gravidade do fato, as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos, aspectos geográficos etc.), a natureza do crime (com ou sem violência física, grau de violência psicológica), o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento etc. 9. Sob um processo penal de cariz garantista (é dizer, conforme aos parâmetros e diretrizes constitucionais e legais), busca-se uma verdade processualmente válida, em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional.
10. Adotada, assim, a premissa de que a busca da verdade, no processo penal, se sujeita a balizas epistemológicas e também éticas, que assegurem um mínimo de idoneidade às provas e não exponham pessoas em geral ao risco de virem a ser injustamente presas e condenadas, é de se refutar que essa prova tão importante seja produzida de forma totalmente viciada. Se outros fins, que não a simples apuração da verdade, são também importantes na atividade investigatória e persecutória do Estado, algum sacrifício epistêmico, como alerta Jordi Ferrer-Beltrán, pode ocorrer, especialmente quando o processo penal busca, também, a proteção a direitos fundamentais e o desestímulo a práticas autoritárias. 11. Impõe compreender que a atuação dos agentes públicos responsáveis pela preservação da ordem e pela apuração de crimes deve dar-se em respeito às instituições, às leis e aos direitos fundamentais.

Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e de respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito. 12. Sob tal perspectiva, devem as agências estatais de investigação e persecução penal envidar esforços para rever hábitos e acomodações funcionais, de sorte a "utilizar instrumentos para maximizar as probabilidades de acerto na decisão probatória, em particular aqueles que visam a promover a formação de um conjunto probatório o mais rico possível, quantitativa e qualitativamente" (Ferrer-Beltrán). 13. Convém, ainda, lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i. e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, vis-à-vis os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado. Nesse sentido, é sempre oportuna a lição de Perfécto Ibañez, que divisa, na exigência de cumprimento das prescrições legais relativas à prova, uma função implícita, a saber, a de induzir os agentes estatais à observância dessas normas, o que se perfaz com a declaração de nulidade dos atos praticados de forma ilegal. 14. O zelo com que se houver a autoridade policial ao conduzir as investigações determinará não apenas a validade da prova obtida - "sem bons ingredientes não haverá forma de fazer um bom prato" (como metaforicamente lembra Jordi Ferrer-Beltrán) -, mas a própria legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo legal e constitucional. Sem embargo, conquanto as instituições policiais figurem no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal se apropriem de técnicas pautadas nos avanços científicos para interromper e reverter essa preocupante realidade quanto ao reconhecimento pessoal de suspeitos. Práticas como a evidenciada no processo objeto deste writ só se perpetuam porque eventualmente encontram respaldo e chancela tanto do Ministério Público - a quem, como fiscal do direito (custos iuris), compromissado com a verdade e com a objetividade de atuação, cabe velar pela higidez e pela fidelidade da investigação dos fatos sob apuração, ao propósito de evitar acusações infundadas - quanto do próprio Poder Judiciário, ao validar e acatar medidas ilegais perpetradas pelas agências de segurança pública. 15. Sob tais premissas e condições, não é possível ratificar a condenação do acusado, visto que apoiada em prova absolutamente desconforme ao modelo legal, sem a observância das regras probatórias próprias e sem o apoio de qualquer outra evidência produzida nos autos. 16. Ordem concedida, para absolver o paciente em relação à prática dos delitos de roubo e de corrupção de menores objetos do Processo n. [...]. (HC n. 712.781/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022.)

O procedimento previsto no art. 226 do CPP compreende etapas de descrição da pessoa a ser reconhecida, a comparação com outras semelhantes e o registro pormenorizado do ato. Admite-se o reconhecimento por fotografias desde que seja a exceção e seja apenas um elemento para a elucidação da autoria, ademais sempre

deve existir justificativa fundamentada para a impossibilidade de realização presencial.

Assim, o reconhecimento fotográfico, especialmente se for a única evidência contra o acusado, é epistemologicamente frágil e não deve ser utilizado para fundamentar uma condenação. Além disso, o reconhecimento fotográfico deve ser conjugado com outras evidências para a instauração da ação penal e a sua realização de maneira isolada e sem a formalidade prevista no CPP induz a erros judiciais, sendo insuficiente para sustentar uma condenação caso não seja corroborado por outras provas.

Violando-se as etapas do art. 226 do CPP, a prova resultante deve ser considerada nula, não podendo motivar a condenação, mesmo com reafirmação subsequente do reconhecimento em juízo. A observância dessas formalidades é nevrálgica, visto que reconhecimentos equivocados, muitas vezes influenciados pelo racismo estrutural e institucional, são uma das principais causas de condenações injustas, como evidenciado em pesquisas e relatórios, especialmente o produzido pela Defensoria Pública[625] do Estado do Rio de Janeiro.[626]

> *Um levantamento realizado no ano de 2020 pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 10 estados brasileiros, revelou que em 60% dos casos de reconhecimento fotográfico equivocado em sede policial houve a decretação da prisão preventiva e, em média, o tempo de prisão foi de 281 dias (aproximadamente 9 meses). Em 83% dos casos as pessoas apontadas eram negras, o que revela a forma seletiva do sistema de justiça criminal e o racismo estrutural e institucional.*[627]

Além disso, a psicologia do testemunho contribui para o aprimoramento dos procedimentos de reconhecimento, recomendando práticas como o reconhecimento “duplo-cego”, registro audiovisual do procedimento e separação de vítimas/testemunhas durante o reconhecimento, visando mitigar a possibilidade de falsas memórias e reconhecimentos contaminados.

Frisa-se a importância de seguir procedimentos confiáveis para evitar a perpetuação do racismo e discriminação nas práticas judiciais e para assegurar que os culpados, e não inocentes, sejam reconhecidos e responsabilizados.

A **acareação,** prevista no art. 229 e 230 do CPP e com previsão no CPC em seu art. 461, tem o objetivo de alcançar a versão que mais se aproxima dos fatos por meio da promoção de confronto entre partes, testemunhas ou outros sujeitos processuais que apresentaram versões prévias e conflitantes entre si.

Dos **documentos** está regulamentado nos arts. 231 ao 238 do CPP. São tidos como documentos "quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares" (art. 232 do CPP). A juntada do documento pode ser espontânea, quando efetivada pela parte, ou provocada, quando providenciada pelo juiz (art. 234 do CPP). Isto porque o Juiz pode decretar a juntada de documentos aos autos, inobstante a ausência de requerimento.

De acordo com o art. 231 do CPP, os documentos podem ser juntados em qualquer fase do processo, a exceção é se existir previsão legal em sentido oposto. Sobre o tema já se manifestou o Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário n. 456.678/RO:

> *É perfeitamente possível a juntada de documentos após o término da instrução processual (art. 231 CPP), mormente se juntadas antes das alegações finais da parte contrária, para que esta possa exercer seu direito ao contraditório.*

O capítulo X e o seu único artigo, 239, trata dos **indícios.** O artigo 239 do Código de Processo Penal (CPP) define indícios como circunstâncias conhecidas e provadas que, por meio da dedução, levam ao entendimento de um fato específico.

Embora o CPP não constitua hierarquia entre os meios de prova, incluindo os indícios, doutrina e jurisprudência dominantes resistem à ideia de basear uma condenação exclusivamente em

indícios, por mais veementes que sejam, eis que sua decorrência é lógica e não fática.

No entanto, o CPP permite que certas decisões processuais sejam motivadas apenas em indícios, como o sequestro de bens (art. 126), a prisão preventiva (art. 312) e a decisão de pronúncia (art. 413)[628], eis que se tratam de decisões cautelares nos primeiros casos e a de pronúncia é apenas a de encerramento de uma fase processual, cujo mérito será decidido em Tribunal do Júri, momento em que os indícios sozinhos não são suficientes para motivar uma condenação.

Por sua vez, os "contra indícios" refutam os indícios e podem invalidá-los, como no caso de um álibi fidedigno. Já as presunções, diversamente dos indícios, são inferências que a lei permite tirar de um fato conhecido para estabelecer um fato desconhecido. As presunções são classificadas em absolutas, que não admitem prova em contrário, e relativas, que podem ser refutadas por evidências complementares. Por exemplo, a lei presume a inimputabilidade penal de menores de 18 anos, uma presunção absoluta, enquanto a imputabilidade de adultos pode ser contestada por meio de incidente de insanidade mental.[629]

Quanto à **busca e apreensão**, disposta nos artigos 240 ao 250 do CPP, representa uma diligência investigativa ou processual realizada para encontrar pessoas ou objetos pertinentes ao inquérito policial ou ao processo penal.

Seu caráter pode ser probatório ou assecuratório (como nas cautelares de natureza patrimonial), dependendo do contexto. A busca domiciliar e a busca pessoal, conforme definidas no art. 240 do CPP, requerem mandado judicial e devem respeitar as disposições legais e constitucionais.[630]

Apesar da inviolabilidade de domicílio ser um direito fundamental, o STF tem aplicado algumas exceções, compreendendo que não se trata de direito absoluto, como no caso de crime permanente:

> *PROCESSUAL PENAL. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO: INC. XI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE. POSSIBILIDADE. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. AFRONTA À INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (...) 10. Pelo exposto, dou provimento ao presente recurso extraordinário, para cassar o acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 596.705/SP, considerando válidas as provas obtidas na prisão em flagrante dos recorridos, e que deram origem à Ação Penal [...]. (RE 1447939/SP, Rel. Min. Carmém Lúcia, julgado em 16/08/2023)*

Importante mencionar que o STJ já enfrentou tema relativo a questionamento de ordem judicial que autorizava buscas e apreensões coletivas, genéricas e indiscriminadas em residências de comunidades "favelas", considerando a decisão nula por falta de individualização das medidas.

O mandado genérico e coletivo contraria disposições legais do Código de Processo Penal e do art. 5º, XI, da Constituição Federal, que protege a inviolabilidade do domicílio. Assim, o STJ estabeleceu que o mandado de busca e apreensão deve ser específico e direcionado a pessoas determinadas, sem permitir buscas genéricas e sem alvos definidos, sendo a decisão que autorizou a medida coletiva declarada nula pelo constrangimento ilegal que representava. Veja:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIMES PRATICADOS EM COMUNIDADES DE FAVELAS. BUSCA E APREENSÃO EM RESIDÊNCIAS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVA, GENÉRICA E INDISCRIMINADA CONTRA OS CIDADÃOS E CIDADÃS DOMICILIADOS NAS COMUNIDADES ATINGIDAS PELO ATO COATOR.1. Configurada a ausência de individualização das medidas de apreensão a serem cumpridas, o que contraria diversos dispositivos legais, dentre eles os arts. 240, 242, 244, 245, 248 e 249 do Código de Processo Penal, além do art. 5º, XI, da Constituição Federal: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem*

consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Caracterizada a possibilidade concreta e iminente de ofensa ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.2. Indispensável que o mandado de busca e apreensão tenha objetivo certo e pessoa determinada, não se admitindo ordem judicial genérica e indiscriminada de busca e apreensão para a entrada da polícia em qualquer residência. Constrangimento ilegal evidenciado. 3. Agravo regimental provido. Ordem concedida para reformar o acórdão impugnado e declarar nula a decisão que decretou a medida de busca e apreensão coletiva, genérica e indiscriminada contra os cidadãos e cidadãs domiciliados nas comunidades atingidas pelo ato coator (Processo n. 0208558-76.2017.8.19.0001).(AgRg no HC 435.934/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 20/11/2019)

Por fim, a legitimidade para requerer buscas domiciliares compreende o Ministério Público, querelante, assistente de acusação, defensor e delegado de polícia.

O Art. 242, dispõe que: "A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes", embora a legislação permita que o juiz decrete a busca e apreensão de ofício, fica claro que tal decisão fere o sistema acusatório a e separação das funções, de maneira que embora exista a previsão legal o juiz deve quedar-se inerte, aguardando o requerimento da acusação.

Os procedimentos probatórios apresentados neste tópico estão resumidos, sem deixar de lembrar que os previstos em leis esparsas não foram aqui discutidos. No entanto, os elementos apresentados destacam a complexidade e a meticulosidade necessárias na condução do processo penal, visando a adequada aplicação da justiça com base em provas devidamente produzidas e avaliadas.

---

570 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303.

571 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303.

572 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

573 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal** [libro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-1.2

574 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB 11.1

575 FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

576 FERRAJOLI, Luigi **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 73-74.

577 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 279.

578 TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Prova**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/91/edicao-1/prova Acesso em: 10 de janeiro de 2024

579 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal**: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 386.

580 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil v. 2**. 3 ed São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278-279.

581 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico].9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-10.3.

582 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico].9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-10.3.

583 A classificação do interrogatório como meio de prova, "contudo, não é isenta de críticas. O interrogatório do acusado (CPP, arts. 185 a 196), embora previsto no título da prova, em face da previsão constitucional do direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII), constitui, na verdade, meio de defesa". BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico].9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-10.4.

584 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 435

585 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico].9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-10.4.

586 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico].9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-10.3.

587 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 436

588 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 436

589 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 362.

590 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 436

591 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 437

592 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 154

593 Parte do exemplo de Avena foi adaptado: AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 437

594 Embora o acórdão a seguir parcialmente transcrito seja referente ao direito do trabalho, a situação decidida servem bem para ilustrar a diferença entre fato notório e fato conhecido pelo juiz: "Cinge a controvérsia a saber se pode ser considerado como fato notório, ou seja, que independe de prova, a existência de norma coletiva firmada pela primeira reclamada que, em tese, teria autorizado o labor do reclamante em jornadas de escalas 2x1, fato este conhecido pelo Juízo ordinário em virtude de julgamentos proferidos em demandas diversas. Como é consabido, o conceito de fato notório é relativo, havendo, na doutrina e na jurisprudência pátrias, alguns aspectos divergentes. Segundo Calamandrei, fato notório é aquele "cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de determinado círculo social no tempo em que ocorre a decisão" (apud TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio, Curso de Direito Processual do Trabalho, Volume II – Processo de Conhecimento, 1ª ed., São Paulo, Ed. LTr, 2009, p. 927). Na lição do eminente Professor Manoel Antônio Teixeira Filho, "não é o ser conhecido pelo juiz ou pelo tribunal que confere ao fato a notoriedade de dispensá-lo de prova...". Ainda segundo os ensinamentos do aludido jurista "tanto os acordos (CLT, art. 611, § 1.º) quanto as convenções coletivas de trabalho (ibidem, art. 611, caput) devem ter a sua existência demonstrada nos autos, desde que neles se fundamente a pretensão das partes. Mesmo as convenções coletivas (que são instrumentos normativos intersindicais) de âmbito nacional não fogem à regra, pois não se compreendem no conceito de fato notório, como se tem imaginado". Em seguida, salientando a necessidade da juntada das normas coletivas nos autos, adverte que "na hipótese de o juiz ter conhecimento da existência de determinado acordo ou convenção coletiva (porque, por exemplo, constante de outros autos de processo, que tramita ou tramitou pela mesma Vara), nada impede que ordene à Secretaria expedir certidão do teor daquele instrumento, para ser juntado aos autos relativos ao caso sub judice. Essa faculdade está compreendida na disposição muito ampla do art. 765 da CLT". (in TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de Direito**

Processual do Trabalho, Volume II – Processo de Conhecimento, 1ª ed., São Paulo, Ed. LTr, 2009, p. 929/935). Assim, para que um fato possa ser considerado juridicamente público e notório, tal fato deve ser de conhecimento comum em certa comunidade e em determinado lapso temporal, não podendo, portanto, ser confundido com conhecimento pessoal. No caso dos vigilantes, ainda que se pudesse considerar como notória a existência de instrumentos coletivos autorizadores das mais diversas espécies de regimes de escala, não pode ser considerado de cunho público e notório o fato de o juízo ordinário ter conhecimento, por intermédio dos julgamentos proferidos em demandas outras, a respeito da existência de norma coletiva específica, firmada pela primeira reclamada, mediante a qual ficou supostamente autorizado o labor em regime de escala 2x1. Dessa forma, a existência da aludida norma coletiva, bem como sua validade, teor e a vigência destas, deveriam ter sido comprovadas nos autos. Revela-se configurada, assim, a má aplicação do artigo 334, I, do Código de Processo Civil" *In:* BRASIL, Tribula Superior do Trabalho. 1ª Turma. **Recurso de Revista n° TST-RR-6040-18.2008.5.17.0002**. Disponível em: https://www.tst.jus.br/. Acesso em: 10 de janeiro de 2024.

595 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 154

596 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 154

597 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 154

598 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 154

599 PENTEADO, Jaques de Camargo. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

600 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 522.

601 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023.

602 PENTEADO, Jaques de Camargo. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

603 PENTEADO, Jaques de Camargo. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

604 BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

605 BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

606 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 445.

607 BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

608 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 446.

609 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 446.

610 CURY, Rogério, CURY, Daniela. **Método de estudo OAB - Processo penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 106.

611 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023

612 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018

613 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

614 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 451

615 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.

616 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda sobre as provas ilícitas no processo penal. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 12, nº 1, p. 45-62, 2012. p. 53.

617 JARDIM, Afrânio S. **Direito Processual Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 203.

618 Sobre a prescrição dos processos suspensos, ver tema 438 STF: [...] 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese: Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso. (RE 600851, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 07-12-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-033 DIVULG 22-02-2021 PUBLIC 23-02-2021)

619 PACELLI de Oliveira, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 669.

620 LOPES JR, Aury., COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, ROSA, Alexandre Morais da. Criminal Player. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF? **Revista Consultor Jurídico**, 19 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf Acesso em 10 de outubro de 2023.

621 GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

622 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023

623 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 544.

624 Os seguintes julgamentos embasaram a tese; Julgados: AgRg no AREsp 2090018/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2022, DJe 29/11/2022; AgRg no AREsp 2123567/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2022, DJe 28/10/2022; AgRg no AREsp 2124394/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2022, DJe 10/10/2022; AgRg no AREsp 2146872/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2022, DJe 30/09/2022; AgRg no RHC 144174/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2022, DJe 19/08/2022; AgRg na MPUMP 6/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/05/2022, DJe 20/05/2022. (Vide Pesquisa Pronta)(Vide Pesquisa Pronta) (Vide Jurisprudência em Teses N. 111 - TEMA 4).

BRASIL, STJ – Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**: Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Ed. N. 41, Brasília, 16 de setembro de 2015.

625 DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **Reconhecimento Fotográfico**. Disponível em: https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/54f8edabb6d0456698a068a65053420c.pdf. Acesso em 10 de março de 2024.

626 BRASIL, CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **O que você precisa saber sobre o reconhecimento de pessoas**. Brasília: CNJ, 2023.

627 BRASIL, CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **O que você precisa saber sobre o reconhecimento de pessoas**. Brasília: CNJ, 2023, p. 22.

628 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

629 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

630 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

14 DA PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES E LIBERDADE

No contexto do Estado Democrático de Direito do Estado brasileiro, é imperativo destacar inicialmente que a liberdade é o princípio norteador, é a regra que orienta a vida do cidadão e a prisão, uma exceção circunstanciada pelas situações fáticas.

A liberdade individual, consagrada como um dos pilares dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, só deve ser limitada, via de regra, após uma condenação definitiva resultante do devido processo legal, caracterizada pela prisão-pena, a qual ocorre após trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Essa é a base fundamental.

Contudo, existem situações excepcionais em que o direito autoriza a prisão cautelar, ou seja, aquela antes da sentença condenatória transitada em julgado. Tal prisão visa garantir a efetividade do processo penal e assegurar a ordem pública.

A prisão, que é o ato de cercear o direito de locomoção do indivíduo, divide-se em duas categorias principais: a prisão-pena, consequência direta de uma sentença penal condenatória irreversível, e a prisão cautelar, um instrumento provisório empregado durante a investigação ou no curso do processo penal.

As modalidades de prisão cautelar variam conforme o momento processual em que são aplicadas, são elas: a prisão temporária, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, bem como outras medidas processuais que podem conduzir à restrição da liberdade, a exemplo da condução coercitiva. Tais modalidades devem estar sempre sob a égide do devido processo legal e sob ordem expressa e

fundamentada de um juiz competente, conforme impõe o art. 5º, LXI, da Constituição Federal.

Com a reforma processual penal realizada pela Lei 12.403/2011, houve a introdução de medidas cautelares alternativas à prisão, enriquecendo o leque de opções disponíveis ao juiz para assegurar a ordem processual sem recorrer à prisão como primeira medida, enfatizando ainda mais a prisão como última alternativa. Essas medidas, elencadas no art. 319 do CPP, representam um avanço na direção de um sistema penal mais humanizado e alinhado com os princípios constitucionais de presunção de inocência e proporcionalidade.

A liberdade provisória, dessa maneira, surge como um direito do indivíduo preso em flagrante, em que a prisão não se transforma em preventiva, tampouco é relaxada por ilegalidade, podendo ser acompanhada de fiança ou outras obrigações, como as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

A terminologia "liberdade provisória" apresenta-se contraintuitiva, visto que a liberdade deveria ser a condição constante de um indivíduo presumivelmente inocente até prova em contrário, e talvez fosse mais hábil conceituá-la como "liberdade sob vigilância".[631]

Este é o panorama introdutório sobre a restrição de liberdade no processo penal brasileiro, questões pormenores serão debatidas e apresentadas nos tópicos que seguem.

14.1 Conceitos

É necessário iniciar o tema apontando a complexidade das medidas cautelares no processo penal, pois há uma inerente tensão entre a preservação da liberdade do acusado, direito de propriedade e a segurança de outros bens jurídicos.

Assim, as medidas cautelares tanto as de natureza pessoal, quanto as demais, apesar de não formarem um processo autônomo no sistema penal brasileiro, ou seja, não há, segundo entendimento doutrinário majoritário, ação cautelar no processo penal. São ferramentas nevrálgicas utilizadas dentro do inquérito policial ou do processo penal para assegurar a eficácia da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, as medidas cautelares são classificadas em três categorias: assecuratórias (ou patrimoniais), probatórias e pessoais.

As medidas cautelares de natureza patrimonial ou assecuratórias visam tirar o financiamento do crime e/ou tornar o crime não compensador economicamente, a exemplo do sequestro de bens. Assim como possuir o objetivo de assegurar a indenização da vítima: o arresto e a hipoteca legal. Nesse sentido, visam atingir o patrimônio do investigado ou réu.

Medidas cautelares probatórias, são aquelas deferidas pelo juiz a fim de assegurar a investigação de algum fato criminoso, como exemplo as buscas e apreensões, interceptações telefônicas, entre outras.

As medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas que atingem diretamente a pessoa, investigada ou acusada, e restringem de alguma forma a sua liberdade. São três os tipos de medidas cautelares pessoais: "a) prisões processuais; b) medidas cautelares diversas da prisão (medidas alternativas à prisão); c) medida substitutiva da prisão preventiva".[632]

Finalmente, importa mencionar o princípio da legalidade das medidas cautelares pessoais de acordo com o que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, reforçando que medidas cautelares pessoais só podem ser aquelas expressamente previstas em lei, proibindo a criação judicial de medidas atípicas, bem como a existência de um poder geral de cautela.

14.1.1 Características das medidas cautelares

Dispõe o art. 282 do Código de Processo Penal:

> *Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *§ 1o As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.*

Conforme se denota da leitura do artigo acima transcrito, as medidas cautelares, de qualquer natureza, possuem como características, serem provisórias, revogáveis, excepcionais e substituíveis.

Elas possuem como finalidade a efetiva aplicação da lei penal, garantia da investigação ou instrução, reduzir o risco da prática de infração penal.

14.1.2 Requisitos Genéricos das Medidas Cautelares

Enquanto no processo civil são requisitos para uma medida cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, no processo penal a doutrina utiliza o termo *fumus comissi delicti*, probabilidade de ocorrência do crime e *periculum libertatis*, ou seja, risco de que a liberdade do acusado torne o processo ineficaz.[633]

Assim, como requisitos genéricos de todas as medidas cautelares no processo penal é o cometimento de um delito e o risco que se tem se em razão da liberdade, por exemplo.

Sobre o assunto, interessante a lição de Mougenot:

> *O periculum in libertatis, advindo do periculum in mora presente nas medidas cautelares de natureza extrapenal, consiste na demonstração do efetivo risco da liberdade ampla e irrestrita do agente, assegurando-se o resultado prático do processo. Note-se que o periculum in libertatis pode ser grave o suficiente para exigir a imposição da medida de prisão. No entanto, se demonstrado que a liberdade do agente não é empecilho para o desenvolvimento do processo e do inquérito, mas que, todavia, devem*

> *ser impostas algumas restrições ou vedações, é justificável a imposição das medidas cautelares. Portanto, a presença do fumus comissi delicti e do periculum in libertatis, em tese, torna possível a imposição da medida cautelar. Frise-se que a existência de apenas um dos requisitos não justifica a imposição das medidas, de modo que ambos devem estar cumulativamente presentes no caso em tela.*[634]

14.1.3 Requisitos específicos das medidas cautelares

Importante mencionar a complexidade dos requisitos para a aplicação de medidas cautelares no processo penal, especialmente à luz da legislação atual, alterada de forma importante pelas Leis n. 12.403 de 2011 e n. 13.964 de 2019.

Os pressupostos específicos são estabelecidos pelo art. 282 do Código de Processo Penal (CPP), fundado no princípio da proporcionalidade, subdivididos em necessidade e adequação.

Esses pressupostos são articulados como a necessidade da medida cautelar para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, e em casos específicos, para prevenir infrações penais; e a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. [635]

O princípio da proporcionalidade, conforme já explicado anteriormente, é tido como um "superprincípio" interpretativo para resolver colisões de direitos, exige uma análise rigorosa e escalonada das medidas cautelares, contemplando sua necessidade, adequação, e proporção em sentido estrito. Este último termo refere-se ao sopesamento entre a gravidade do crime e a severidade da medida cautelar proposta, procurando equilibrar os direitos em jogo e evitar medidas excessivas ou insuficientes, de acordo com a situação concreta.

Deve-se interpretar a adequação da medida cautelar não apenas em termos de sua conformidade com os objetivos da lei, mas também considerando sua proporcionalidade *stricto sensu*, avaliando

se a intervenção é realmente proporcionada ao mal que se busca prevenir.

Isso garante que cada caso seja avaliado individualmente, levando em conta todas as circunstâncias pertinentes para determinar a medida cautelar mais apropriada e justa. Assim, a prática jurídica deve sempre mirar a aplicação de medidas menos restritivas e a última *ratio* da prisão cautelar deve ser considerada apenas quando outras medidas se mostrarem insuficientes para atingir os fins desejados pela lei.

14.2 Princípios aplicáveis às prisões e medidas cautelares

Princípio da presunção de inocência, sobre tal princípio insta lembrar que a aplicação de medidas cautelares não pode ser interpretada como antecipação de condenação, sendo passível a aplicação de tais medidas apenas quando os requisitos legais estiverem presentes, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência.

Razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVII da CF/88: tendo em vista que as cautelares são aplicadas até mesmo antes de iniciada a ação penal ou quando ainda se está em fase inicial do processo, deve se atentar para que não ocorra excesso de prazo e a medida se torne constrangimento ilegal. Ressalta-se que no caso de inquérito policial a lei fixou prazo para seu término em caso de réu preso, ultrapassando tal prazo o preso deve ser posto em liberdade, mas no caso do processo penal não existe prazo fixado em lei, de forma que deve se observar o caso concreto e quem deu causa ao excesso de prazo.

> *1. A aferição do excesso de prazo reclama a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Tal verificação, contudo, não se realiza de forma puramente matemática. Demanda, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem*

como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da ação penal" (STJ, 6 Turma, RHC 142599/CE, Rel. Min Antonio Saldanha Palheiro, DJe 31.08.2021).

Contraditório e ampla defesa: o art. 282, parágrafo 3º do CPP afirma que em regra a defesa e a acusação devam ser ouvidas, salvo caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Assim, o juiz pode decretar a prisão preventiva de um réu e ouvi-lo depois, é o que se denomina de contraditório diferido.

Jurisdicionalidade: a medida cautelar só pode ser decretada pelo juiz, após requerimento do MP ou representação da autoridade policial.

14.3 Tipos de medidas cautelares

São medidas cautelares: 1) prisão cautelar: prisão em flagrante; prisão preventiva e prisão temporária; 2) medidas cautelares de natureza patrimonial (sequestro de bens móveis e imóveis; hipoteca legal; e arresto de móveis e imóveis; 3) medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP:

A seguir, as medidas diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP:

a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias pertinentes ao fato, deva o investigado ou acusado dela permanecer distante;

d) proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a

investigação ou instrução;

e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do CP) e houver risco de reiteração criminosa;

h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

i) monitoração eletrônica (tornozeleira eletrônica).

14.4 Procedimento das medidas cautelares e sua consequente decretação

O artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que as medidas cautelares podem ser decretadas pelo juiz a pedido das partes envolvidas (vítima), por representação da autoridade policial durante a investigação criminal, ou ainda por requerimento do Ministério Público. Este procedimento é similar ao já existente para a prisão preventiva.

É fundamental que o juiz verifique expressamente a inviabilidade de outras medidas cautelares (art. 319 do CPP) antes de optar pela prisão preventiva, destacando o caráter excepcional da prisão cautelar, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Excepcionalmente, conforme § 3º do art. 282 do CPP, alterado pela Lei n. 13.964/2019, a medida cautelar pode ser imposta *inaudita altera partes*, isto é, sem que ocorra prévia comunicação ou oitiva da parte contrária, em situações de urgência ou perigo de ineficácia da medida.

De fato, a ausência de conhecimento prévio do acusado ou investigado sobre a imposição da medida é justificada pela possibilidade de comprometimento da sua eficácia caso o acusado seja previamente informado.

Importante destacar que tal procedimento não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois estes são apenas diferidos, sendo assegurados em momento subsequente, conforme a lógica procedimental e a necessidade de efetividade da medida.

No contexto da prisão preventiva, a imposição da medida *inaudita altera partes* também pode ser considerada excepcionalmente, especialmente quando a urgência e a necessidade de sigilo, para evitar a fuga do acusado ou indiciado, justificam a não realização de oitiva prévia. Essa prática está em consonância com o "princípio da proibição de infraproteção", evitando a ineficácia da medida e o comprometimento da segurança e justiça no processo.[636]

Assim, o contraditório é garantido, embora diferido, porém ajustado às circunstâncias que demandam urgência e confidencialidade, visando à eficácia das medidas cautelares dentro dos limites legais e principiológicos já discutidos.

14.5 Prisões: conceitos e modalidades

Prisão é a restrição da liberdade de locomoção do réu ou investigado em razão de flagrante delito ou por determinação judicial expressa em ordem escrita e fundamentada em razão de

condenação transita em julgado ou, na vigência de inquérito policial ou de processo penal em razão de prisão temporária ou preventiva.

A partir deste conceito é possível extrair as modalidades de prisão: a) prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP); b) prisão preventiva (arts. 311 a 318 do CPP); c) prisão temporária (Lei n. 7.960, de 21.12.1989); d) prisão domiciliar (arts. 317 e 318 do CPP); e) prisão em razão de sentença condenatória transitada em julgado, prisão-pena (cumprimento de pena).

Há, ainda, a prisão civil do devedor de alimentos. No tocante à possibilidade de prisão civil do depositário infiel, consolidou-se o posicionamento jurídico no Brasil de que tal medida é inadmissível. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 25, afirmou que "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, em qualquer modalidade de depósito", isso com fundamento no Pacto de São José da Costa Rica.

Quanto à prisão administrativa, apesar de previsões anteriores no ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 não a recepcionou, embora existam interpretações – questionáveis – que admitem sua aplicabilidade quando decretada por autoridade judiciária. Esta não se classifica como prisão processual, ainda que mencionada no Código de Processo Penal. Por outro lado, a prisão disciplinar é restrita ao contexto militar, conforme estabelecido no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal.[637]

14.5.1 Prisão e Inviolabilidade de Domicílio

A inviolabilidade de domicílio está prevista no artigo 5º, XI, da CF/88, e dispõe que: a *"casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"*.

Todavia, a mesma CF que dispõe sobre a inviolabilidade do lar, regula sua violação em circunstâncias excepcionais como flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial. Normatização parecida são encontradas em tratados internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que também protegem o domicílio contra invasões arbitrárias.

Casa, conforme definido no artigo 150, §§ 4º e 5º do Código Penal, inclui qualquer compartimento habitado, aposentos em habitações coletivas e locais de exercício profissional não abertos ao público, excluindo locais como hospedarias e casas de jogo enquanto abertos ao público. A doutrina e a jurisprudência ampliam essa definição para incluir locais como trailers, barcos e quartos de hotel.

Já o artigo 302 do Código de Processo Penal elucida o que é flagrante delito, e o artigo 303 estende a situação de flagrante para crimes permanentes, como o tráfico de drogas, cárcere privado, entre outros, até que cesse a permanência do crime.

A jurisprudência do STF, exemplificada pelo RE 603.616/RO, permite a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, durante a noite, se baseada em fundadas razões que indiquem um flagrante delito, sujeitas à justificação *a posteriori,* o que foi reforçado com a edição pelo STF do tema n. 280. Entretanto, o Min. Marco Aurélio divergiu, defendendo a necessidade de mandado judicial mesmo com a prisão em flagrante de um corréu indicando a presença de mais drogas em uma residência, argumentando que as provas resultantes seriam ilícitas.

Fundada na decisão acima mencionada, o STF vem decidindo sobre a possibilidade de fundamentar a entrada no domicílio após, veja:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. ARTIGO 5°, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FLAGRANTE DELITO. TEMA 280. RE 603.616-AgR/RO. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4°, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. II - Nos termos da Constituição Federal, a inviolabilidade de domicílio não é um direito absoluto, comportando exceção em caso de, por exemplo, flagrante delito. III - Ao julgar o RE 603.616-AgR/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, esta Suprema Corte decidiu, sob o regime de repercussão geral, que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa há situação de flagrante delito. É o que enuncia o Tema 280. IV - O acórdão da Quinta Turma do STJ está de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é firme no sentido de que é inadequado, na via do habeas corpus, reexaminar fatos e provas no tocante à participação do paciente em organização criminosa ou à valoração da quantidade, variedade e natureza da droga apreendida, quando utilizados como fundamento para afastar referida causa de diminuição da pena. V - In casu, deve ser repelida a alegação de nulidade do processo por cerceamento de defesa supostamente exercido pelo STJ, pois a tese, em verdade, foi devidamente analisada pela Corte Superior. VI - Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 168038 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 30-05-2019 PUBLIC 31-05-2019)

No entanto, o STJ, no julgamento do HC n. 598.051, destacou a necessidade de comprovação objetiva da autorização do morador para entrada policial, exigindo relatórios detalhados e gravações para validar tal autorização.

Conforme se denota, a doutrina e jurisprudência reforçam a necessidade de proteger a inviolabilidade do domicílio em face de abusos policiais, exigindo provas concretas e fundamentadas para qualquer entrada forçada, em linha com o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

Por fim, “nos termos do art. 236 da Lei n. 4.737/65, nenhuma autoridade poderá, no intervalo compreendido entre 5 dias antes e 48 horas após o encerramento de eleições, prender ou deter qualquer eleitor”, salvo as seguintes hipóteses: “a) flagrante delito; b)

sentença criminal condenatória por crime inafiançável; ou c) desrespeito a salvo-conduto."[638]

14.5.2 Prisão Especial

A prisão especial está regulada no art. 295 do CPP:

> *Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:*
> *I - os ministros de Estado;*
> *II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; (Redação dada pela Lei nº 3.181, de 11.6.1957)*
> *III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados;*
> *IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";*
> *V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; (Redação dada pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*
> *VI - os magistrados;*
> *VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; (Vide ADPF nº 334)*
> *VIII - os ministros de confissão religiosa;*
> *IX - os ministros do Tribunal de Contas;*
> *X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;*
> *XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. (Redação dada pela Lei nº 5.126, de 20.9.1966)*
> *§ 1o A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*
> *§ 2o Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*
> *§ 3o A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*
> *§ 4o O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*
> *§ 5o Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual concluída em 31 de março, declarou inconstitucional o dispositivo do Código de Processo Penal que estabelecia o direito à prisão

especial para pessoas com diploma de ensino superior, até a decisão penal definitiva. A decisão ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 334, proposta pela Procuradoria-Geral da República, que contestava o artigo 295, inciso VII, do CPP. O relator, ministro Alexandre de Moraes, argumentou que não há justificativa constitucional para a diferenciação de tratamento baseada no grau de instrução acadêmica, considerando-a uma medida discriminatória que perpetua desigualdades sociais.

O ministro explicou que, embora a Constituição Federal, o CPP e a Lei de Execuções Penais prevejam tratamentos diferenciados para determinados grupos de presos em situações específicas — como gênero, idade ou natureza do delito — para proteger a integridade física e moral de indivíduos vulneráveis, o mesmo raciocínio não se aplica à prisão especial por formação universitária. Essa diferenciação fortalece desigualdades, especialmente em um contexto onde poucos brasileiros têm acesso ao ensino superior, sendo ainda mais raro entre pessoas pretas ou pardas.

O ministro também fez referência ao fenômeno histórico do bacharelismo no Brasil, indicando que a extensão da prisão especial a indivíduos com diploma universitário constitui um privilégio que reflete desigualdades sociais e contraria o preceito fundamental da igualdade perante a lei, consagrado na Constituição.

> *ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 295, INCISO VII, DO CPP. PRISÃO ESPECIAL, DE NATUREZA CAUTELAR, A PORTADORES DE DIPLOMA DE ENSINO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL PARA O TRATAMENTO DISTINTO ENTRE PRESOS POR PARTE DO PODER PÚBLICO. ELEMENTO DISCRIMINADOR QUE NÃO SE ENCONTRA A SERVIÇO DE UMA FINALIDADE ACOLHIDA PELA CONSTITUIÇÃO. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA (ARTS. 3º, IV, E 5º, CAPUT, DA CF). NÃO RECEPÇÃO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL ESTABELECIDA EM 1988. 1. Todos os cidadãos têm o direito a tratamento idêntico pela lei, exceto quando presente uma correlação lógica entre a distinção que a norma opera e o fator de discrímen, em consonância com os*

critérios albergados pela Constituição Federal. 2. O princípio constitucional da igualdade opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao Executivo, na edição de leis e atos normativos, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigação direcionada ao intérprete de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, de raça ou classe social. 3. A prisão especial constitui o recolhimento provisório em local distinto, cuja concessão se admite, à luz da Constituição, quando a segregação do ambiente prisional comum visa a atender a determinadas circunstâncias pessoais que colocam seus beneficiários em situação de maior e mais gravosa exposição ao convívio geral no cárcere. Expô-los ao contato com a população carcerária frustraria a tutela desses interesses constitucionalmente protegidos. 4. Não há amparo constitucional, contudo, para a segregação de presos provisórios com apoio no grau de instrução acadêmica, tratando-se de mera qualificação de ordem estritamente pessoal que contribui para a perpetuação de uma inaceitável seletividade socioeconômica do sistema de justiça criminal, incompatível com o princípio da igualdade e com o Estado democrático de Direito. 5. Ausente qualquer justificativa que empregue sentido válido ao fator de discrímen indicado na norma impugnada, a conclusão é a de que a prisão especial, em relação aos portadores de diploma de nível superior, é inconciliável com o preceito fundamental da isonomia (art. 3º, IV, e art. 5º, caput, CF). 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental conhecida e julgada procedente. (ADPF 334, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03-04-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 25-05-2023 PUBLIC 26-05-2023)

14.5.3 Prisão em Flagrante

Dispõe o CPP:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.
Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.
Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

A doutrina entende que a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, pois para que a prisão seja mantida, deverá ser convertida e prisão preventiva. Isso se dá, pois a prisão em flagrante ocorre sem a ordem escrita da autoridade judicial e é endereçada àquele que

cometeu o crime, acabou de cometer ou é perseguido em situação que se faça presumir sua autoria, bem como é encontrado com instrumentos, objetos do delito, armas, entre outros.

É requisito da prisão em flagrante a ocorrência de um fato tipificado como crime, necessário apenas a aparência de crime, não sendo imprescindível a aferição da ilicitude e culpabilidade, a qual poderá ser sopesada em audiência de custódia.

Assim, o art. 302 elenca 3 modalidades de flagrante: a) flagrante próprio, previstos nos incisos I e II; b) flagrante impróprio, inciso III; c) flagrante presumido ou ficto, previsto no inciso IV.

A doutrina ainda classifica o flagrante em:

Flagrante obrigatório ou compulsório: aplica-se às autoridades policiais, as quais têm a obrigação de prender quem esteja cometendo crime, art. 301, segunda parte.

a) Flagrante facultativo: aplica-se a qualquer do povo, que não tem o dever, mas a faculdade de prender quem quer que esteja cometendo crime, art. 301, primeira parte.

Além disso, a Lei n. 11.343/2006, art. 53, II e parágrafo único, bem como a Lei n. 12.850/2013, art. 8º, dispõe sobre o flagrante diferido, postergado ou ação controlada. Com a finalidade de investigar e punir o crime praticado por organizações criminosas, a polícia posterga a captura para colher mais provas e garantir elementos para a instrução criminal.

b) Flagrante parasitário ou acessório: vincula-se à existência de elementos probatórios de conduta criminosa antecedente (como é o caso do crime de furto, antecedente do crime de receptação) – Art. 33, § 1º, inciso IV da Lei n 11.343/2006 e arts. 17, § 2º e 18, § 2º, ambos da Lei nº 10.826/2003.

c) Flagrante preparado ou provocado: trata-se de flagrante ilegal, "ocorre quando a autoridade instiga a prática de um crime, de maneira que este é cometido preponderantemente em razão de sua atuação". Dispõe a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal que "não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". A hipótese não se conforma em flagrante delito, "mas sim crime impossível por obra de agente provocador".[639]

> *Situação diversa se verifica quando um traficante de substância entorpecente procura vendê-la desconhecendo a condição de agente policial do comprador. Nesse caso, embora o próprio policial tome parte do fato, o vendedor será validamente preso em flagrante como incurso na conduta de trazer consigo ou ter em depósito substância entorpecente, e não pela conduta de vender. Portanto, se o traficante já estiver na posse do entorpecente, e desde que a posse não tenha sido induzida pelo policial, haverá crime e prisão em flagrante válida, pois a conduta configura, por si só, o delito, independentemente da venda posterior.* [640]

d) Flagrante forjado, urdido, fabricado ou maquiado: sobrevém nas "hipóteses em que a polícia ou terceiros forjam elementos probatórios, dispondo-os de maneira a induzir a autoridade em erro, com o intuito de incriminar determinada pessoa, causando sua prisão". Nesta hipótese não é possível "falar em flagrante, uma vez que este pressupõe um crime que, no caso, não existe". [641]

Quanto ao prazo em que o flagrante pode ocorrer, embora há quem diga que o flagrante deve ocorrer nas primeiras 24 horas, esse tempo não possui fundamentação legal, tampouco jurídica, o que deve se observar, no caso concreto, é se o estado de flagrância perdura, pois assim sendo, será possível a prisão em flagrante, ainda que decorridas mais de 24 horas da prática criminosa.

Para finalizar esse tópico sobre prisão em flagrante, cabe mencionar que artigo 306 do CPP impõe que a prisão de qualquer

pessoa deve ser comunicada ao juiz competente no prazo máximo de 24 horas, além de também ter que ser informada ao Ministério Público, defensoria pública ou advogado, se já o houver nomeado, bem como família do preso ou pessoa que ele indique. Com a alteração originada pela Lei nº 13.964, de 2019, após o juiz receber o auto de prisão, deve marcar audiência de custódia, no prazo de 24 horas para avaliar a legalidade do ato de restrição de liberdade, relaxá-la, conceder liberdade provisória ou converter em prisão preventiva.

Além das hipóteses de prisão em flagrante, "identificam-se algumas situações que, diante de seu caráter absolutamente excepcional, constitucionalmente previstas, justificam a prisão sem ordem legal: a) a prisão durante o estado de defesa (art. 136, § 3º, I); e b) a prisão durante o estado de sítio (art. 139, II)".[642]

14.5.4 Regras especiais

Em conformidade com normas especiais vigentes sobre a prisão em flagrante, certos indivíduos estão sujeitos a prerrogativas específicas, que ora impedem sua captura por flagrante delito, ora estipulam procedimentos especiais para sua prisão. As disposições são as seguintes:

a) Diplomatas e seus familiares gozam de imunidade diplomática, estando, portanto, isentos de prisão em flagrante conforme estabelecido pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

b) Cônsules usufruem de imunidade diplomática nos delitos cometidos durante o exercício de suas funções e dentro dos limites territoriais de sua jurisdição consular, conforme previsão na Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Em um caso específico ocorrido no Rio de Janeiro, a justiça

manteve a prisão de cônsul alemão, acusado de matar o companheiro:

> *A defesa do diplomata pediu o relaxamento da prisão alegando imunidade consular, mas o magistrado entendeu que, "em que pese se tratar de autoridade consular, inaplicável ao caso a imunidade prisional prevista no artigo 41 do Decreto Lei n° 61.078/1967, pois a prisão em flagrante decorrente de crime doloso contra a vida, cometido no interior do apartamento do casal (logo, fora do ambiente consular) não guarda qualquer relação com as funções consulares. Diferentemente dos agentes diplomáticos, os agentes consulares podem ser presos em flagrante de delito ou preventivamente, excetuadas as hipóteses de crimes praticados no exercício das funções, que estariam cobertos pela imunidade.*[643]

c) Parlamentares federais e estaduais, nos termos do artigo 53, §2º, da Constituição Federal, apenas podem ser detidos em flagrante por infrações inafiançáveis, devendo o auto de prisão ser encaminhado em até 24 horas para a respectiva casa legislativa, onde a manutenção da prisão será deliberada por maioria de votos.

Apesar de tal dispositivo constitucional, o STF em duas situações especificas admitiu a prisão de parlamentares fora a hipótese de prisão em flagrante: prisão do senador Delcidio do Amaral, no âmbito das investigações da lava-jato, do deputado federal Daniel Silveira e, mais recentemente, a prisão preventiva de Chiquinho Brasão, acusado de ser o mandante do homicídio de Marielle Franco. Segue trecho da decisão:

> *Nessa ordem de ideias, deve ter-se por cabível a prisão preventiva de congressista desde que (i) haja elevada clareza probatória da prática de crin1e e dos pressupostos da custódia cautelar, em patamar que se aproxime aos critérios legais da prisão em flagrante (os quais incluem, vale lembrar, as hipóteses legais de quase-flagrante e flagrante presumido, em que o ato delituoso não é visto por quem prende), e (ii) estejam preenchidos os pressupostos legais que autorizam genericamente a prisão preventiva nos dias de hoje (art. 313 do Código de Processo Penal) e os que impunham inafiançabilidade em 2001. Subtrair do Poder Judiciário, de forma absoluta, medidas cautelares que, por sua natureza, são ínsitas e imprescindíveis ao pleno exercício da jurisdição, não se coaduna com a existência de um Judiciário livre, autônomo e independente. Ora, se a Constituição Federal, em seu art. 53, § 1°, prevê que 'os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal' é intuitivo que o Supremo deverá exercer essa competência de forma integral e*

plena. O poder geral de cautela (acessório) é implícito ao poder de julgar (principal). Este não convive sem aquele".[644]

d) Magistrados, conforme o artigo 33, II, da Lei Complementar nº 35/79, apenas podem ser presos em flagrante por crimes inafiançáveis, cabendo o envio do auto de prisão ao Presidente do Tribunal ao qual estão vinculados.

e) Membros do Ministério Público, de acordo com o artigo 40, III, da Lei nº 8.625/93, apenas podem ser detidos em flagrante por delitos inafiançáveis, devendo o auto de prisão ser remetido ao Procurador-Geral de Justiça ou ao Procurador-Geral da República.

f) O Presidente da República não pode ser preso enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado em infrações comuns e, durante seu mandato, não está sujeito à prisão.

g) Advogados, conforme o artigo 7º, §3º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), apenas podem ser detidos em flagrante pelo cometimento de crime inafiançável decorrente do exercício da advocacia, sendo obrigatória a presença de representante da OAB na lavratura do auto. Em crimes comuns, a prisão é permitida, porém a comunicação deve ser feita expressamente à seccional da OAB.

h) Menores de 18 anos estão isentos de prisão, em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, embora possam ser apreendidos, nos termos dos arts. 173, 174 e 175 do ECA:

Art. 173. *Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único, e 107, deverá:*

I - lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;
II - apreender o produto e os instrumentos da infração
III - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.
Parágrafo único. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada.
Art. 174. *Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.*
Art. 175. *Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.*
§ 1º Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas.
§ 2º Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.

i) Condutores de veículos automotores que prestem socorro integral e imediato à vítima em acidentes de trânsito não serão presos em flagrante, nem obrigados a pagar fiança, conforme o artigo 301 do Código de Trânsito Brasileiro.
j) Advogados públicos federais estão protegidos contra prisão e responsabilização por atos realizados em decorrência de suas funções, segundo o artigo 38, III, da Lei nº 13.327/2016, podendo ser presos por ordem escrita de juízo criminal competente ou em flagrante por crime inafiançável, devendo a autoridade policial comunicar imediatamente ao Advogado-Geral da União.

14.5.4.1 Formalidades da prisão em flagrante

Há três momentos identificáveis na prisão em flagrante, de acordo com Mougenot:[645]

1) Captura: é o momento em que a pessoa que se encontra em uma das situações de flagrância previstas em lei é detida.
2) Lavratura do auto de prisão em flagrante: "apresentado o capturado à autoridade competente, se esta reconhecer estarem presentes os requisitos legais para a prisão, deverá lavrar o auto", circunstanciando a prisão em flagrante. Trata-se de um "título da custódia provisória, servindo também como ato inicial do inquérito policial" que investigará a prática dos atos que originaram a prisão.
3) Custódia: após a lavratura do auto, será o conduzido enviado ao cárcere.

> *Contudo, a prisão em flagrante se perfaz no momento da voz de prisão. Quanto ao tema, vale ressaltar que há corrente minoritária reconhecendo o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante – e não cautelar, como grande parte da doutrina –, razão pela qual se demonstra insustentável manter a prisão em flagrante em virtude da sua simples homologação, sem a presença dos requisitos previstos nos arts. 311 e 312 do CPP.*[646]

Preliminarmente à lavratura do auto, devem ser tomadas as providencias preliminares, nas quais a prisão deve ser comunicada à família do preso ou à pessoa por ele indicada, assim como deve ser informado do direito à assistência de um advogado ou defensor público (art. 5º, LXII e LXIII, da CF).

O Código de Processo Penal (CPP) classifica como flagrante delito a situação em que alguém é pego cometendo uma infração penal, abrangendo tanto crimes, sejam dolosos ou culposos, quanto contravenções, conforme estipulado no artigo 302. Para crimes de ação privada e crimes de ação pública que dependem de representação, a formalização da prisão em flagrante exige autorização da vítima ou de seu representante legal, não há empecilho para a prisão, mas para a formalização desta.

No entanto, nos crimes de menor potencial ofensivo, conforme art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95, não existirá a cominação de prisão em flagrante. Na hipótese destes crimes ocorrerá a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência (TCO), no qual o acusado assumirá o compromisso de comparecimento ao juizado ou que a ele compareça prontamente.

O auto de prisão em flagrante deve ser lavrado pelo Escrivão de Polícia do local em que ocorreu a captura (art. 308, CPP), caso não exista, deve ser lavrado pela por pessoa que preste compromisso.

> *O auto é peça formal, que tem por função documentar a prisão em flagrante. Deve a autoridade cingir-se ao procedimento traçado em lei, como garantia do indivíduo contra qualquer coação ilegal à sua liberdade. Descumpridas as formalidades legais, será nulo o auto, cabendo ao juiz relaxar a prisão nele fundada, o que significa a soltura imediata do preso. O vício, no entanto, não tem o condão de anular o processo, mas apenas o de invalidar a prisão que nele constar, tornando mera peça informativa o respectivo auto.*[647]

O Código de Processo Penal (CPP) estabelece procedimentos para a lavratura do auto de prisão em flagrante, diferenciando entre situações onde o preso é apresentado à autoridade policial e aquelas em que a autoridade presencia o flagrante diretamente. O artigo 304 do CPP determina que, se o preso é detido sem a presença da autoridade, ele deve ser a ela apresentado, e então são ouvidos o condutor, as testemunhas, e finalmente o conduzido, aplicando-se as regras do interrogatório judicial, conforme necessário.

A Lei n. 11.113/2005 modificou o procedimento para a coleta de assinaturas, permitindo que sejam feitas imediatamente após os depoimentos e que os envolvidos sejam liberados, diferentemente do procedimento anterior que exigia que ficassem até o fim dos depoimentos. Ademais, se o preso se recusar ou for incapaz de assinar, duas testemunhas instrumentárias devem assinar após ouvirem a leitura do auto em sua presença. A falta de interrogatório

não invalida o auto se houver impossibilidade de o conduzido ser ouvido, como em casos de hospitalização, por exemplo.[648]

O art. 304 do CPP dispõe acerca do procedimento para lavratura do auto de prisão em flagrante:

a) é ouvido o condutor ou os condutores, ou seja, as pessoas que levaram o capturado até a Delegacia de Polícia;

b) a autoridade policial ouve o condutor e colhe desde logo a sua assinatura no termo da sua oitiva;

c) a este condutor é entregue a cópia do termo de oitiva e o recibo de entrega de preso; e

d) o condutor é liberado pela autoridade policial;

A jurisprudência e a doutrina majoritária defendem que o condutor pode servir como testemunha, eis que em casos específicos, a única testemunha do fato é o próprio condutor.

e) são ouvidas as testemunhas, que testemunharam o fato e também testemunharão a leitura do auto de prisão em flagrante;

f) o conduzido é interrogado;

g) da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa (art. 304, § 4º do CPP).

h) entrega da nota de culpa, nos termos do art. 306, § 6º do CPP, a qual "nada mais é do que o documento que informa ao preso a razão de sua prisão e a identidade de quem o prendeu (art. 5º, LXIV, da CF)". [649]

A nota de culpa deve constar: os motivos da prisão; nome do condutor; nome das testemunhas; nome e assinatura da autoridade

policial que lavrou o auto de prisão em flagrante.

> *Até 24 horas após a prisão, deverá ser dada nota de culpa ao preso, discriminando o motivo da prisão – sem a necessidade de indicar com perfeição formal o dispositivo em que o conduzido se encontra incurso –, o nome do condutor (em observância, também, à regra do art. 5º, LXIV, da CF) e o das testemunhas, devendo assiná-la a autoridade policial (art. 306, § 2º, do CPP, com redação da Lei n. 11.449, de 15.1.2007, bem como da Lei n. 12.403, de 4.5.2011). Eventuais irregularidades da nota de culpa não acarretam a nulidade do auto de prisão em flagrante. Porém, a ausência da entrega da nota de culpa no prazo legal acarreta a ilegalidade da prisão, passível de relaxamento mediante habeas corpus. Todavia, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça que eventuais atrasos na entrega da nota de culpa ao investigado preso em flagrante constituem mera irregularidade, não determinando a nulidade do ato processual regularmente válido.* [650]

Importante explicar que todas as peças do auto de prisão, a saber: oitiva do condutor, das testemunhas e do conduzido, serão reduzidas a termo de maneira apartada. Ademais, o condutor e as testemunhas prestam compromisso de dizer a verdade.

Para finalizar, o auto lavrado e encerrado pelo escrivão (art. 305, CPP) deverá ser por todos assinado. Se o indiciado não puder, não quiser ou não souber assiná-lo, o auto será assinado por duas testemunhas que presenciaram sua leitura ao preso.

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a prisão deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente para avaliar sua legalidade, conforme o artigo 5º, LXII, da Constituição Federal, o qual o fará por meio da audiência de custódia.

Essa comunicação também deve ser feita ao Ministério Público e à família do preso, segundo o artigo 310 do CPP, modificado pela Lei n. 12.403/2011. Se a prisão for considerada legal, a autoridade deve verificar a possibilidade de conceder liberdade provisória, conforme estabelecido pelo novo artigo 310, III e parágrafo único, do CPP com a possibilidade de aplicar uma das medidas previstas no art. 319 do CPP. A Lei n. 12.403/2011, que alterou o CPP, estipulou que a comunicação à autoridade judiciária deve ser feita sem demora,

formalizando essa exigência na legislação, nos termos do art. 306 do CPP.

14.5.4.2 Audiência de Custódia

A audiência de custódia possibilita que o juiz avalie se os fundamentos que originaram a prisão se mantêm e se existiu tratamento desumano ou degradante. Nesse sentido, devem ser verificadas diversas condições da pessoa presa, como exemplo: gravidez, doenças graves, idade avançada, imprescindibilidade aos cuidados de terceiros, se tem filhos menores etc. que podem interferir na manutenção da prisão.

A audiência de custódia é a materialização do direito de audiência e de presença, direito reforçado em diversos artigos de tratados internacionais, como exemplo: o art. 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), os quais garantem o direito a ser ouvido e a ter uma audiência justa e em tempo razoável. O art. 9.3 do PIDCP e o art. 7.5 da CADH estabelecem que qualquer pessoa presa deve ser rapidamente levada perante um juiz, regra essa reiterada pelo art. 5.3 da CADH.

> *Sob a lógica garantista e considerando-se os riscos inerentes à efetivação de uma prisão sem decisão judicial, bem como a necessidade de se prevenir quaisquer violações de direitos humanos, o sistema de convalidação da prisão administrativa por meio da necessária decisão judicial sobre a prisão flagrancial é apto a conferir o justo equilíbrio entre a imprescindibilidade da prisão em flagrante para o resguardo imediato de valores caros ao ordenamento jurídico e a proteção dos direitos fundamentais do preso. No entanto, não é imune à crítica a alegada necessidade da apresentação do preso ao juiz logo após a prisão flagrancial como forma de controle desta prisão.*[651]

A prática da apresentação imediata em juízo após a prisão em flagrante é essencial para assegurar o contraditório e a defesa antes que a detenção se converta em prisão preventiva.

O Estado brasileiro, em atenção aos instrumentos internacionais citados nos parágrafos anteriores, dos quais é signatário, assim como, a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, dentre outras normas pertinentes, editou a Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, dispondo em seu art. 1º a realização de audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas da comunicação do flagrante.

Posteriormente, a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) alterou o art. 310 do CPP a fim de constar a obrigatoriedade da audiência de custódia, senão veja:

> *Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:*
> *I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organi3ponderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)*
> *§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que todos os tribunais do país e todos os juízos devem realizar, no prazo de 24 horas,

audiência de custódia em todas os tipos de prisão. A decisão unânime foi tomada na Reclamação (RCL) 29303.

Assim, a realização das audiências, no prazo de 24 horas, deve acontecer não somente nos casos de prisão em flagrante, mas também em casos de prisões preventivas, temporárias, preventivas para fins de extradição, oriundas de descumprimento de medidas cautelares diversas, de violação de monitoramento eletrônico e prisões definitivas para fins de execução da pena.

Sobre o tema, importantes as jurisprudências a seguir colacionadas:

> *O STF reafirmou que a falta de audiência de custódia constitui irregularidade, não afastando a prisão preventiva, uma vez atendidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e observados direitos e garantias versados na Constituição Federal (STF, 1ª Turma, HC nº 195.287/AC, 0110475-36.2021.1.00.0000, Rel. Marco Aurélio, j. 1º.03.2021, data de public. 07.04.2021).*
> *A superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento não torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia (STF, 2ª Turma, HC nº 202.579-AgR/ES e HC nº 202.700-AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 26.10.2021, Info. nº 1.036).*
> *Não se mostra razoável, para a realização da audiência de custódia, determinar o retorno de investigado à localidade em que ocorreu a prisão quando este já tenha sido transferido para a comarca em que se realizou a busca e apreensão. Em regra, a audiência de custódia deve ser realizada na localidade em que ocorreu a prisão. No caso, porém, o Investigado já foi conduzido à Comarca do Juízo que determinou a busca e apreensão, há aparente conexão probatória com outros casos e prevenção daquele Juízo, de forma que não se mostra razoável determinar o retorno do Investigado para análise do auto de prisão em flagrante, notadamente em razão da celeridade que deve ser empregada em casos de análise da legalidade da custódia (STJ, 3ª Seção, CC nº 182.728/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 13.10.2021, Info. nº 714).*

Ademais, a audiência de custódia obrigatória em todas as modalidades de prisão, de acordo com decisão proferida no RCL 29303. De fato, o ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), em 15/12/2020, acolhendo pedido da Defensoria Pública da União, estendeu (3º pedido de extensão) a todo o país a imposição para que tribunais realizem audiências de custódia em todas as modalidades prisionais, até mesmo prisões temporárias,

preventivas e definitivas, e não apenas em caso de prisão em flagrante, no prazo de 24 horas da sua ocorrência:

> *"Referente ao 3º pedido de extensão: (...) 3. Sendo assim, diante da plausibilidade jurídica do pedido e da possibilidade de lesão irreparável a direito fundamental das pessoas levadas ao cárcere, defiro o presente pedido de extensão , ad referendum do E. Plenário, para determinar ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais integrantes da Justiça eleitoral, militar e trabalhista, bem assim a todos os juízos a eles vinculados que realizem, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas. Comunique-se, com urgência. Inclua-se em pauta, para fins de referendo deste pedido de extensão conjuntamente com a liminar deferida, na imediata sessão virtual do E. Plenário com início em 05.02.2021. Publique-se. Intimem-se"*

Por fim, o legislador dispôs "que a autoridade que der causa à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido e sem motivação idônea para a sua omissão responderá administrativa, civil e penalmente", além de dar causa à ilegalidade da prisão (§ 3º do art. 310 do CPP).

14.5.4.1 Relaxamento da Prisão Ilegal

Consoante regula o artigo 5º, LXV, da Constituição Federal, o juiz, ao verificar a ilegalidade da prisão, deve ordenar seu imediato relaxamento. O relaxamento da prisão ocorre em situações nas quais a detenção não se adequa às condições de flagrante delito estipuladas pelo artigo 302 do Código de Processo Penal (CPP) ou em razão da não entrega da nota de culpa ao detido, conforme exigido legalmente. Em face da ilegalidade da prisão, é imperativo que o indivíduo seja prontamente colocado em liberdade.

A doutrina entende ser causa de ilegalidade da prisão em flagrante: a) apresentação espontânea do acusado à autoridade, o que afasta as hipóteses dos arts. 302 e 303 do CPP; b) uso indevido de algemas, ou seja, em desacordo com a Súmula Vinculante n. 11; c) flagrante preparado; d) flagrante fundado em provas ilícitas; e) ausência de assistência jurídica por defensor ou advogado; f)

ausência de nota de culpa; g) ausência de encaminhamento do auto de prisão no prazo previsto em lei; h) ilegalidade em razão de inexistência de comunicação da prisão, nos termos do art. 306 do CPP; i) inexistência de audiência de custódia no prazo previsto.

Adicionalmente, o parágrafo 4º do artigo 310 do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, estabelece uma nova circunstância para o relaxamento da prisão: a não realização da audiência de custódia dentro do prazo estabelecido, sem uma justificativa válida. Tal omissão configura a ilegalidade da prisão, ainda que não obste a possibilidade de ser decretada a prisão preventiva.

14.5.4.2 Conversão da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva

Se a prisão em flagrante for legal, o juiz pode converter a prisão em preventiva (art. 310, II do CPP), quando presentes os requisitos dispostos no art. 312 do CPP, e se mostrarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão constantes no art. 319 do CPP.

Segundo o princípio da proporcionalidade, a prisão preventiva deve ser considerada a última medida a ser aplicada, devendo preceder a análise da adequação das medidas cautelares alternativas, conforme elencado no art. 319 do CPP.

A doutrina questiona a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em prisão temporária, prevista na Lei n. 7.960/89, a qual a resposta é negativamente categórica. De acordo com Mougenot, a prisão temporária possui características específicas e prazos definidos, não sendo compatível com a conversão direta de uma prisão em flagrante, que pode ser convertida em preventiva conforme previsão expressa no CPP, evitando assim períodos de

reclusão indefinidos que ultrapassem os limites para o oferecimento da acusação.[652]

Além disso, a interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser restritiva. A prisão em flagrante pressupõe indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, adequados para fundamentar uma acusação, enquanto a prisão temporária visa à obtenção desses elementos. A conversão de flagrante em temporária seria um retrocesso processual. [653]

Existe debate doutrinário sobre se a conversão do flagrante em preventiva deve observar também os requisitos do art. 313 do CPP, além dos critérios do art. 312. Alguns defendem que, mesmo sem preencher os critérios do art. 313, a prisão em flagrante pode ser convertida em preventiva se atendidos os requisitos do art. 312. Contudo, tal interpretação pode levar a incongruências no sistema processual, como a possibilidade de aplicação de prisão preventiva em situações que, se não houvesse flagrante, tal medida seria inadmissível. [654]

> *Inicialmente, as hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão descritas no art. 313 do Código de Processo Penal. Depreende-se do mencionado dispositivo legal que descabe a prisão preventiva: a) se o acusado se livra solto independentemente de fiança; b) nos crimes culposos; c) se o crime tem pena inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade, caso o agente não seja reincidente. Por outro lado, cabe a prisão se o crime envolver violência doméstica e familiar, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, bem como se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, tudo como se depreende do art. 313 do Código de Processo Penal.*[655]

Assim, a abordagem mais coerente, e que tem sido adotada por jurisprudência relevante[656] é que a conversão da prisão em flagrante em preventiva deve atender cumulativamente aos requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, garantindo a uniformidade e justiça no tratamento processual.

14.5.4.3 Liberdade Provisória com ou sem fiança

A liberdade provisória pode ser concedida, com ou sem fiança, no caso de prisão em flagrante legal, conforme dispõe o artigo 310, inciso III do Código de Processo Penal.

Trata-se de uma medida cautelar que visa assegurar a liberdade do indivíduo enquanto tramita um processo criminal, sem prejuízo da aplicação da lei penal. Está prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXVI, que dispõe: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança."

Assim, "a liberdade provisória deve ser concedida quando a prisão, embora legal, seja desnecessária". A prisão processual, de fato, não se "confunde com pena, podendo subsistir apenas para a proteção da sociedade ou do processo (cautelaridade social ou processual). Inexistente tal necessidade, o indiciado deve ser solto".[657]

A liberdade provisória baseia-se no princípio da presunção de inocência, que preconiza que um indivíduo não pode ser considerado culpado até que uma sentença penal condenatória transite em julgado. Neste sentido, o acusado possui o direito de aguardar o desenrolar do processo em liberdade, exceto se existirem justificativas robustas que evidenciem a necessidade de sua reclusão por meio da prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP).

Com efeito, a liberdade provisória pode ser concedida pelo magistrado, seja por iniciativa própria ou mediante solicitação do acusado ou de seu defensor, ou ainda pela autoridade policial (art. 322 do CPP), no contexto de uma prisão em flagrante. É admissível em qualquer etapa do processo, desde que não haja uma condenação definitiva.

De acordo com a doutrina, nas hipóteses abaixo, estará o juiz obrigado a conceder a liberdade provisória:

> *a) se o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato sob o manto de causa excludente de ilicitude (parágrafo único);*
> *b) se o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, previstas nos arts. 311 e 312 (incisos II e III);*
> *c) nos casos em que couber fiança, o juiz verificar a impossibilidade de o réu prestá-la, por motivo de pobreza, sujeitando-o às obrigações previstas nos arts. 327 e 328 (art. 350).*
> *A lei prevê ainda situações em que não será o agente preso em flagrante, nem será exigida fiança:*
> *a) ao condutor de veículo, nos casos de acidente de trânsito de que resulte vítima, se lhe prestar pronto e integral socorro (Lei n. 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro, art. 301);*
> *b) ao autor de infração penal de menor potencial ofensivo que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (Lei n. 9.099/95, art. 69, parágrafo único).*[658]

Conforme se denota, esta modalidade de liberdade pode ser outorgada com ou sem fiança. Quando concedida sem fiança, pode ser vinculada ou não a certos deveres que o beneficiado deve cumprir para manter o benefício, inclusive alguma das medidas alternativas à prisão.

A liberdade provisória com fiança, entretanto, sempre envolve obrigações vinculadas. É possível conceder liberdade provisória mesmo em casos de crimes inafiançáveis, desde que a liberdade não dependa do pagamento de fiança. Ao receber a liberdade provisória, o indiciado ou réu deve assinar um termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo e pode ser submetido a outras condições, como a comunicação de mudanças de endereço ou a necessidade de informar ausências prolongadas da comarca.

14.5.4.4 Da fiança

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVI, assegura que a fiança é uma garantia fundamental constitucionalmente garantida:

“Art. 5º [...] LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

O artigo 319, VIII, do CPP aduz que a fiança é espécie de medida cautelar autônoma, a qual pode ser imposta pelo juiz nas infrações que a permitem, a fim de garantir o comparecimento do acusado a atos do processo, impedir a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

> *Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*

A fiança tem o escopo de fazer com que o acusado cumpra suas obrigações legais, assim como o de assegurar o pagamento das custas, da indenização pelo dano e também da multa-pena. Trata-se de um direito subjetivo do acusado ou investigado, desde que este cumpra os requisitos instituídos na legislação vigente. A recusa do arbitramento de fiança configura constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

A Lei 12.403/2011 ampliou a possibilidade de concessão de fiança, exceto para delitos que a Constituição Federal proíbe. Conforme o art. 323, fiança não é permitida para crimes de racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, hediondos, e atos cometidos por grupos armados contra a ordem constitucional. O art. 324 veda a fiança para quem já a quebrou anteriormente, em casos de prisão civil ou militar, e quando houver razões para prisão preventiva.

Também, de acordo com a nova disposição legal, a autoridade policial pode impor fiança para os crimes cuja pena máxima não seja superior a quatro anos (art. 322, CPP). Nos demais casos, cabe somente ao juiz (art. 322, parágrafo único, CPP).

> *A regra do citado art. 322, possibilitando ao delegado a concessão de fiança em face do cometimento de infração de apenamento máximo não superior a 4 anos não impede*

> *que, mesmo dentro desse patamar, o legislador estabeleça que apenas o juiz pode conceder a medida em casos específicos. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de flagrante pelo crime de descumprimento de medida protetiva de urgência fixada com base na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), dispondo o art. 24-A, § 2.º, desse diploma (inserido pela Lei 13.641/2018) que apenas o juiz poderá conceder fiança em tal caso.*[659]

Os arts. 323 e 324 regulamentam os casos que não cabem a fiança:

> *Art. 323. Não será concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *I - nos crimes de racismo; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *II - em caso de prisão civil ou militar; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *III - (revogado); (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).*

Assim, o crime de racismo, previsto na Lei 7.716/89, é inafiançável pela Constituição (art. 5.º, XLII), apesar das penas baixas e benefícios que permitem liberdade provisória. Crimes de tortura, tráfico de drogas, terrorismo e hediondos também são inafiançáveis (art. 5.º, XLIII), embora se sugira que a fiança poderia ser mais adequada do que a liberdade sem fiança. Crimes cometidos por grupos armados contra a ordem constitucional são inafiançáveis (art. 5.º, XLIV). Réus que violaram deveres anteriores com fiança não devem receber o benefício novamente. Conforme os arts. 327 e 328 do CPP, a fiança obriga o réu a comparecer quando intimado e a não mudar de residência sem permissão. Prisões civil e militar não admitem fiança devido à sua natureza distinta. A fiança é

incompatível com a prisão preventiva, já que nenhuma liberdade é compatível com a detenção cautelar.[660]

A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar (art. 330 do CPP).

O art. 325 do CPP, atualizado pela Lei n. 12.403/2011, trata acerca dos valores da fiança: I) de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; II) de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

Todavia, a fiança poderá ser dispensada ou majorada a depender da situação econômica do preso: I) dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II) reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III) aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Nucci esclarece que para determinar o valor da fiança, o art. 325 do CPP considera: a) Natureza da infração: A fiança é fixada conforme a gravidade do crime, levando em conta as circunstâncias legais de aumento ou diminuição da pena. Para diminuição, aplica-se o mínimo sobre o máximo previsto; para aumento, o máximo sobre o máximo; b) Condições pessoais de fortuna: Avalia-se a situação econômica do beneficiário para estabelecer um valor justo, evitando que a fiança se torne inútil ou excessiva; c) Vida pregressa do acusado: Consideram-se os antecedentes criminais, com valores mais altos para reincidentes ou quem tenha maus antecedentes; d) Periculosidade: Combina a vida pregressa com a gravidade do crime e a personalidade do agente, com valores mais altos para acusados considerados perigosos; e) Provável importância das custas: A fiança

tem a finalidade de cobrir as custas processuais, a lei não mencionou indenização ou multa.[661]

São condições da fiança: a) obrigação de o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada; b) o réu afiançado não poderá mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Se o réu não cumprir as condições acima, a fiança será quebrada, também considerará quebrada nos termos do art. 341, quando:

> *I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *IV - resistir injustificadamente a ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *V - praticar nova infração penal dolosa.*

Nucci[662] esclarece que são consequências da fiança:

a) Fiança sem efeito: Ocorre quando o indiciado ou réu não complementa o valor da fiança necessário. A concessão é anulada, o sujeito retorna à prisão e o valor é restituído. Restituição também ocorre se o acusado for absolvido ou tiver extinta a punibilidade, exceto custas e indenização em alguns casos (art. 337 e 336, parágrafo único, CPP).
b) Fiança inidônea: Fiança concedida indevidamente por proibição legal ou requisitos não atendidos (art. 338, CPP).
c) Cassação da fiança: A fiança é revogada se foi concedida de forma indevida por motivos como vedação legal ou reincidência do réu. Pode ser feita de ofício ou a pedido do

Ministério Público, com devolução do valor e emissão de ordem de prisão (art. 338, CPP).

d) Reforço da fiança: Ocorre quando o valor é insuficiente, por erro de avaliação, depreciação dos bens ou mudança na classificação do delito, mantendo-se a possibilidade de fiança, mas em valor maior. Falta de reforço torna a fiança sem efeito (art. 340, CPP).

e) Quebra da fiança: Ocorre quando o beneficiário não cumpre condições impostas, como não comparecer a atos processuais ou cometer nova infração dolosa. Resulta em perda de metade do valor da fiança e pode levar à prisão preventiva (art. 341 e 343, CPP).

f) Restauração da fiança: Possível por recurso em sentido estrito, com decisão favorável do tribunal ou juízo de retratação (art. 581, V, CPP).

g) Perda da fiança: Ocorre se o réu condenado não se apresentar para cumprir a pena, resultando na perda total da fiança. Custas, indenização, prestação pecuniária e multa são abatidas do valor, com o restante destinado ao Fundo Penitenciário (art. 344, CPP).

h) Restituição da fiança: Realizada se o réu cumprir todas as condições, apresentando-se para cumprir a pena, com dedução de custas, indenização à vítima e multa (art. 347, CPP).

14.6 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma ferramenta processual penal que pode ser utilizada pelo juiz durante o inquérito policial ou no curso da ação penal. Tem o condão de garantir da ordem pública e econômica, por exemplo, impedir a continuidade delitiva; para a conveniência

da instrução criminal, ou seja, desviar-se que o acusado extinga provas ou ameace testemunhas; e para certificar a aplicação da lei penal, evitando a fuga do réu.

A prisão preventiva é restrita a casos específicos: crimes dolosos com pena superior a 4 anos; existência de condenação antecedente por crime doloso; ou nos casos de violência doméstica contra mulher, criança, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Nos demais casos, o juiz deve optar pelas chamadas medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, todavia, se houver descumprimento dessas obrigações, também é admissível a decretação da prisão preventiva.

Está prevista nos arts. 311 a 316 do CPP. Diz o art. 312 do CPP:

> *Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

O art. 312 do CPP, deve ser combinado com o art. 313, a fim de aferir o cabimento da prisão preventiva:

> *Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *IV - (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).*

> *§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

As circunstâncias legitimadoras para a prisão preventiva, estabelecidas no artigo 313 do CPP, abrangem crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos, reincidência em crime doloso, crimes envolvendo violência doméstica para garantir medidas protetivas de urgência e situações de dúvida sobre a identidade civil do acusado. Esses critérios demonstram a gravidade necessária para justificar a prisão preventiva, excluindo sua aplicação para contravenções penais, crimes de menor potencial ofensivo e, em princípio, para crimes culposos, salvo exceções específicas.

A prisão preventiva, portanto, tem natureza de medida cautelar, com o objetivo primordial de garantir a efetividade do processo penal, apesar de não possuir prazo fixado em lei, é provisória, visto que ou o réu é condenado e passa a cumprir a prisão-pena ou é colocado em liberdade, eis que a prisão preventiva é um instrumento, não um fim em si mesma.

Assim, a prisão preventiva é uma medida cautelar que limita o estado de inocência do acusado e exige uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Diferente da prisão temporária, pode ser decretada a qualquer momento. Com a Lei nº 13.964/2019, o juiz não pode decretar a prisão preventiva de ofício; a qual deve ser requerida pelo Ministério Público, querelante, ou por representação da autoridade policial. O assistente da acusação também pode requerer a prisão preventiva na fase processual (art. 282, § 2º do CPP).

Da decisão que impõe a prisão preventiva ou da que negue sua revogação cabe habeas corpus (ação impugnativa), no qual o preso será o paciente. Da decisão que se denegue a decretá-la ou que a revogue caberá o recurso em sentido estrito (art. 581, V do CPP).

A prisão preventiva exige sempre uma fundamentação detalhada e específica pelo julgador, conforme o artigo 315 do Código de Processo Penal (CPP). Essa fundamentação distingue-se em dois aspectos: motivação, a qual se refere às razões lógicas da decisão, e fundamentação, que indica as provas concretas do caso e que fornecem os elementos para a decretação da prisão. A ausência de fundamentação adequada, especialmente com ausência de prova da materialidade do crime, acarreta a nulidade da prisão preventiva, e tal falha não pode ser corrigida posteriormente em habeas corpus.

Assim, a medida, "deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria", assim como "a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal" (HC 862.824/STJ).

Os requisitos para a decretação da prisão preventiva, conforme o artigo 312 do CPP, incluem a prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e indícios do perigo gerado pela liberdade do acusado. Esse perigo está ligado à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à necessidade de garantir a aplicação da lei penal.

Além disso, as circunstâncias legitimadoras para a prisão preventiva, instituídas no artigo 313 do CPP, já citadas, devem ser observadas cumulativamente com o art. 312 do CPP. "Observa-se que o inciso I do art. 313 do CPP demonstra efetivar o princípio da homogeneidade (corolário do princípio da proporcionalidade) da prisão preventiva". De acordo com tal princípio, uma prisão cautelar

não pode se revelar mais danosa do que a pena que o condenado de maneira suposta "teria ao fim do processo ao ser condenado definitivamente. Nesse sentido, atenta-se que a previsão de pena máxima superior a quatro anos acha-se alinhada com as hipóteses" em que seria admissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CP). Por essa razão, "a doutrina não admite a prisão preventiva em infração de menor potencial ofensivo bem como para a aceitação de suspensão condicional do processo".[663]

Em casos específicos, a celebração de acordo de colaboração premiada, por si só, não justifica a revogação da prisão preventiva, assim como o descumprimento do acordo não deve, isoladamente, motivar a nova decretação da prisão.

Ademais, a natureza provisória da prisão preventiva implica que ela deve ser revogada se houver alteração nas circunstâncias fáticas que motivaram sua decretação. Contudo, se as mesmas circunstâncias ou novas surgirem, a prisão preventiva pode ser novamente decretada. A lei também exige a presença de fatos novos ou contemporâneos para justificar a prisão, não podendo o juiz basear sua decisão em fatos pretéritos. [664]

A garantia da ordem pública é um requisito subjetivo, ponderado pela gravidade concreta do crime, sua repercussão social e a periculosidade do agente. Segundo Nucci, tal requisito:

> *Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.*[665]

A ordem econômica, introduzida pela Lei Antitruste, foca em proteger o sistema econômico-financeiro, especialmente em casos

de abalo significativo acarretado por crimes contra instituições financeiras ou o Estado. Além disso, este requisito autoriza a custódia cautelar, se as práticas ilícitas do grupo criminoso ecoam negativamente no comércio lícito e, assim, abrangem um indeterminado contingente de trabalhadores e empresários honestos (HC 91.285, rel. min. Ayres Britto, j. 13-11-2007, 1ª T, DJE de 25-4-2008).

A conveniência da instrução criminal visa proteger a integridade do processo, impedindo ameaças a testemunhas, coação de membros da justiça ou destruição de provas.

> *[...] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outros.* [666]

Não se deve utilizar a prisão preventiva como forma de coação para obter colaboração do acusado no processo. Neste sentido:

> *[...] residem na compreensão de que a criação do instituto da colaboração premiada e seu manuseio judicial, associado à decretação (arbitrária) de medidas cautelares, especialmente prisões cautelares, rompem com o modelo de processo do Estado Democrático de Direito, criando um novo modelo processual de exceção – o processo penal do constrangimento, pautado pelo perfil judicial que visa a garantir uma finalidade para a persecução criminal, que é garantir assegurar uma resposta rápida do Estado mediante a obtenção da colaboração premiada.*[667]

A garantia da aplicação da lei penal busca prevenir a fuga do acusado, exigindo evidências concretas de intenção de fuga para justificar a prisão preventiva. Neste sentido, "significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal". [668]

Não há um prazo fixo para a duração da prisão preventiva, devendo esta ser proporcional e razoável. A nova legislação, Lei nº

13.964/2019, estabelece critérios para assegurar a duração razoável do processo, visando evitar a permanência excessiva do acusado em prisão preventiva, já que não se trata de cumprimento da pena. Assim, o art. 316 do CPP impõe a necessidade de revisão da manutenção da prisão a cada 90 dias:

> *Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Apesar do dispositivo legal, no julgamento das ADIs 6.581 6.582 o STF decidiu que a inexistência de revisão da prisão não é causa automática da revogação da prisão preventiva. O Min. Alexandre de Moraes se manifestou no seguinte sentido:

> *A norma ora impugnada não instituiu um termo peremptório para a duração da prisão preventiva, e muito menos definiu, como ocorreu em relação à prisão temporária, uma obrigação de soltura. Ao contrário, a nova legislação manteve a existência de prazo indeterminado para o decreto preventivo, desde que, obviamente, continuem presentes os seus requisitos.*[669]

Apesar da inexistência de um prazo legal, o processo penal não pode ser moroso, especialmente quando há réu preso, havendo excesso de prazo, sem que o processo penal tenha um desfecho, a prisão preventiva passa a ser ilegal, devendo ser relaxada.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) relaxou a prisão de um homem que estava detido preventivamente há seis anos e seis meses, sem data definida para julgamento, ao julgar o HC n. 153214. Por unanimidade, o colegiado considerou a prisão desproporcional e a substituiu por medidas cautelares alternativas, estendendo a decisão aos demais corréus. O relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, destacou a falta de previsão para o

julgamento, apesar de recomendações de celeridade. Ele criticou a letargia do sistema judicial e o constrangimento ilegal causado pelo prolongamento da prisão. Veja:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR QUE PERDURA HÁ CERCA DE 6 ANOS E 6 MESES. JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI SEM PREVISÃO CONCRETA DE DATA PARA ACONTECER. TEMPO DESPROPORCIONAL. COAÇÃO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. RECURSO PROVIDO. EXTENSÃO DE EFEITOS AOS CORRÉUS. 1. Os prazos processuais previstos na legislação pátria devem ser computados de maneira global e o reconhecimento do excesso deve-se pautar sempre pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), considerando cada caso e suas particularidades. 2. In casu, apesar de ter sido expedida recomendação de celeridade ao Juízo de primeiro grau no RHC n. 133.503/CE, passado cerca de um ano ainda não há notícia de previsão de data para designação da sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri. Ademais, recentemente foi formulado e distribuído pedido de desaforamento pelo Ministério Público Estadual – ainda não analisado –, o que por certo prolongará significativamente a já exacerbada duração da custódia cautelar. 3. Conquanto se valide a extensão do tempo para o trâmite da demanda, em razão de sua grande complexidade (vários denunciados e testemunhas), a preservação do cárcere cautelar por cerca de 6 anos e 6 meses, sem nem sequer prognóstico claro para o julgamento do recorrente pelo Tribunal do Júri, configura a letargia do aparato do Estado e o constrangimento ilegal, mormente se havia possibilidade concreta de que a tramitação se encerrasse em primeiro grau com maior brevidade. 4. Sem embargo, à vista da gravidade concreta das condutas que deram supedâneo à pronúncia, verifica-se adequado e suficiente, para atender às exigências cautelares do art. 282 do Código de Processo Penal, impor ao acusado medidas alternativas positivadas no art. 319 do CPP. 5. Recurso provido, para substituir a prisão preventiva do réu por providências cautelares alternativas, sem prejuízo do restabelecimento da constrição provisória, se sobrevier situação que configure a exigência da medida mais severa. Extensão dos efeitos aos coacusados. (STJ, 6 Turma, Recurso Em Habeas Corpus Nº 153214 - CE (2021/0282369-4) Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz).*

Ainda sobre o excesso de prazo e os meios de aferir tal ocorrência o STJ no julgamento do RHC n. 39.057/PI apresentou os requisitos para se reconhecer o constrangimento ilegal por excesso de prazo:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E QUALIDADE DE DROGAS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. DEMORA IMPUTÁVEL À DEFESA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 64/STJ.*

I - A prisão cautelar, a teor do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, é medida excepcional de privação de liberdade, cuja adoção somente é possível quando as circunstâncias do caso concreto, devidamente fundamentadas no art. 312, do Código de Processo Penal, demonstrarem sua imprescindibilidade.
II - A prisão preventiva deve ser mantida para a garantia da ordem pública, haja vista a significativa quantidade de entorpecente apreendida em poder do Recorrente, qual seja, 18,4 g (dezoito gramas e quatro decigramas) de maconha e 4,6 g (quatro gramas e seis decigramas) de crack, bem como na natureza deste último, revestido de alto poder de adição psíquica e física ao usuário, trazendo implicações seríssimas à sociedade. Precedentes.
III - Os prazos previstos abstratamente na lei processual não são absolutos, embora devam ser empregados como parâmetro para a efetivação do direito à razoável duração do processo (CR/88, art. 5º, LXXVIII), bem como para a aplicação do princípio da presunção de inocência, ao evitar a antecipação do cumprimento da pena (art. 5º, LVII, da CR/88).
IV - A alegação de ilegalidade na manutenção da prisão cautelar, por excesso de prazo, deve ser analisada atentando-se às peculiaridades do caso concreto, à luz do princípio da razoabilidade, bem como de diversas causas justificantes da dilação da instrução penal, reconhecidas pela jurisprudência, tais como a complexidade dos crimes envolvidos, ou das diligências necessárias à instrução, além da quantidade de réus ou de defensores distintos, ou, ainda, de incidentes processuais.
V - O prolongamento da instrução penal é imputável à Defesa, que deixou de apresentar resposta à acusação, acarretando a remessa dos autos à defensoria pública, enquanto se empenhava em provocar incidentes processuais, pelo quê aplicável o enunciado da Súmula 64, desta Corte, segundo o qual "Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa."
VI - Recurso ordinário em habeas corpus improvido.
(RHC n. 39.057/PI, relatora Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 18/2/2014, DJe de 24/2/2014.)

Assim, para que ocorra o reconhecimento do excesso de prazo e o réu seja colocado em liberdade, os requisitos destacados na decisão supramencionada são:

a) Adoção Excepcional da Prisão Cautelar: A prisão preventiva deve ser uma medida excepcional e só é adotada quando as circunstâncias do caso concreto, fundamentadas no art. 312 do Código de Processo Penal, demonstram sua imprescindibilidade.

b) Garantia da Ordem Pública: A prisão deve ser mantida se for necessária para garantir a ordem pública, especialmente

em casos de significativa quantidade de drogas apreendidas.

c) Prazos Processuais como Parâmetro: Os prazos abstratamente previstos na lei processual não são absolutos, mas devem ser utilizados como parâmetro para garantir a razoável duração do processo e evitar a antecipação do cumprimento da pena.

d) Análise da Ilegalidade por Excesso de Prazo: A alegação de ilegalidade na manutenção da prisão cautelar por excesso de prazo deve considerar as peculiaridades do caso concreto e ser analisada à luz do princípio da razoabilidade.

e) Complexidade e Peculiaridades do Caso: A apreciação deve considerar a complexidade dos crimes envolvidos, das diligências necessárias, a quantidade de réus ou defensores distintos, e incidentes processuais.

f) Imputabilidade da Demora à Defesa: Se o prolongamento da instrução penal é atribuível à defesa, como quando há falhas na apresentação de respostas à acusação ou provocação de incidentes processuais, o excesso de prazo não configura constrangimento ilegal, conforme a Súmula 64 do STJ.

14.7 Prisão Temporária

A prisão temporária é uma maneira de custódia cautelar destinada a garantir a eficácia das investigações policiais em casos de infrações penais graves, regulamentada pela Lei 7.960/89. Este tipo de prisão foi instituído para substituir a prática anterior da prisão para averiguação, abolida após a promulgação da Constituição de 1988, que institui que apenas a autoridade judiciária pode decretar prisões, mediante ordem escrita e fundamentada.[670]

A fim de evitar o uso indiscriminado da prisão temporária, é essencial interpretar conjuntamente os incisos I e II com o III do artigo 1º da Lei 7.960/89, autorizando a prisão temporária: a) Quando imprescindível para as investigações e existirem razões fundadas de participação do indiciado nos crimes especificamente listados no inciso III, como homicídio doloso, sequestro, roubo, extorsão, entre outros delitos graves previstos no Código Penal e leis especiais; b) Quando o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer dados suficientes para sua identificação, em combinação com os crimes do inciso III.[671]

Adicionalmente, a Lei 8.072/90 ampliou a possibilidade de decretar a prisão temporária para delitos hediondos e equiparados, incluindo a tortura.

Assim, são crimes passiveis de terem a prisão temporária decretada: estar presente um dos seguintes crimes graves (inciso III do art. 1º): a) homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado de morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; k) quadrilha ou bando; l) genocídio; m) tráfico de drogas; n) crimes contra o sistema financeiro; o) crimes previstos na Lei de Terrorismo; p) crimes hediondos ou equiparados (art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/1990).

O prazo inicial de duração da prisão temporária é de cinco dias, extensível por igual período em situações de extrema necessidade, conforme o art. 2º da Lei 7.960/89. Para os crimes hediondos, esse prazo é de 30 dias, passiveis de prorrogação por mais 30, conforme o art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/90. A prisão temporária não pode ser decretada de ofício pela autoridade judiciária; é necessário,

portanto, requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

Ao término do prazo estipulado pela decisão do juiz, o indiciado deve ser imediatamente liberado pela autoridade policial, salvo se for decretada sua prisão preventiva no lugar da prisão temporária, nos termos art. 2º, § 7º, da Lei 7.960/89:

> *Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva.*

Esta medida cautelar é estritamente regulada para evitar abusos e garantir que a privação de liberdade ocorra somente nas hipóteses legalmente previstas, impedindo violações ao direito à liberdade de locomoção e configurando crime de abuso de autoridade conforme o art. 9º da Lei 13.869/2019, se estabelecida fora das hipóteses estabelecidas pela lei.

O STF no julgamento das ADIs ns. 4.109 e 3.360, conferiu interpretação conforme a CF/88 a fim de delimitar os requisitos para a prisão temporária:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 7.960/1989. PRISÃO TEMPORÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 5º, INCISOS LXI E LVII, DA CF. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 93, INCISO IX, DA CF. PRAZO IMPRÓPRIO DE 24 HORAS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 1º, INCISO III, DA LEI 7.960/1989. ROL DE NATUREZA TAXATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. ART. 5º, INCISO XXXIX, DA CF. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 7.960/1989. EXIGÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI 7.960/1989. MERA AUSÊNCIA DE ENDEREÇO FIXO. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE FATOS NOVOS OU CONTEMPORÂNEOS QUE JUSTIFIQUEM A ADOÇÃO DA MEDIDA. ART. 312, § 2º, CPP. APLICABILIDADE À PRISÃO TEMPORÁRIA. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA SOMENTE COM A FINALIDADE DE INTERROGATÓRIO. DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 282, INCISO II, E § 6º, DO CPP. DISPOSITIVOS APLICÁVEIS À PRISÃO TEMPORÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRISÃO CAUTELAR COMO ULTIMA RATIO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO LXVI, DA CF. PROCEDÊNCIA PARCIAL. I – A*

parte autora não desenvolveu fundamentação jurídica mínima a amparar o pedido de inconstitucionalidade dos arts. 3º e seguintes da Lei 7.960/1989. Falta de causa de pedir. Ação conhecida somente no tocante à impugnação dos artigos 1º e 2º da Lei em comento. II – A Constituição Federal autoriza que o legislador ordinário preveja modalidade de prisão cautelar voltada a assegurar o resultado útil da investigação criminal, como é o caso da prisão temporária, desde que respeitado o princípio da presunção de não culpabilidade. Inteligência do art. 5º, incisos LXI e LVII, da Constituição Federal. III – Não viola a Constituição Federal a previsão legal de decretação de prisão temporária quando presentes fundados indícios da prática dos crimes de quadrilha, atual associação criminosa, e contra o sistema financeiro (alíneas "l" e "o" do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89). Cuida-se de opção do legislador, dentro do seu legítimo campo de conformação, com o escopo de conferir especial atenção a determinados crimes que em seu entender merecem maior necessidade de prevenção. IV – A prisão temporária não é medida de caráter compulsório, já que sua decretação deve se dar mediante decisão judicial devidamente fundamentada em elementos aptos a justificar a imposição da medida. Inteligência do art. 2º, caput e § 2º, da Lei 7.960/1989, bem como art. 93, inciso IX, da CF. V – O prazo de 24 horas previsto no § 2º do art. 2º da Lei 7.960/1989 é compatível com a Constituição Federal. Trata-se de prazo impróprio a ser observado conforme o prudente arbítrio do Magistrado competente para a decretação da medida. VI – A decretação da prisão temporária reclama sempre a presença do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/1989. O dispositivo, ao exigir a presença de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes nele previstos, evidencia a necessidade do fumus comissi delicti, indispensável para a decretação de qualquer medida cautelar. Rol de crimes de natureza taxativa, desautorizada a analogia ou a interpretação extensiva, em razão dos princípios da legalidade estrita (art. 5º, inciso XXXIX, da CF) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LXV, CF). VII – A decretação da prisão temporária exige também a presença do inciso I do art. 1º da Lei de regência. O inciso, ao dispor que a prisão temporária pode ser decretada somente quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, traz a necessidade de demonstração do periculum libertatis do representado, requisito indispensável para a imposição de prisões cautelares por força do princípio constitucional da presunção de inocência que obsta a antecipação de penas. Exigência de fundamentação calcada em elementos concretos, e não em simples conjecturas. Precedentes desta Corte. VIII – O inciso II do art. 1º da Lei 7.960/1989 mostra-se dispensável ou, quando interpretado isoladamente, inconstitucional. Não se pode decretar a prisão temporária pelo simples fato de o representado não possuir endereço fixo. A circunstância de o indiciado não possuir residência fixa deve evidenciar de modo concreto que a prisão temporária é imprescindível para a investigação criminal (inciso I do art. 1º da Lei em comento). IX – A prisão temporária deve estar fundamentada em fatos novos ou contemporâneos à decretação da medida (art. 312, § 2º, CPP). Ainda que se cuide de dispositivo voltado à prisão preventiva, a regra é consequência lógica da cautelaridade das prisões provisórias e do princípio constitucional da não culpabilidade. X – É vedada a decretação da prisão temporária somente com a finalidade de interrogar o indiciado, porquanto ninguém pode ser forçado a falar ou a produzir prova contra si. Doutrina. Inteligência das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 395 e n.º 444, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, STF, julgadas em 14/06/2018. XI – A decretação da prisão temporária deve observar o previsto no art. 282, inciso II, do CPP.

Trata-se de regra geral a incidir sobre todas as modalidades de medida cautelar, as quais, em atenção ao princípio da proporcionalidade, devem observar a necessidade e a adequação da medida em vista da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do representado. XII – O disposto no art. 282, § 6º, do CPP também deve ser atendido para a decretação da prisão temporária. Em razão do princípio constitucional da não culpabilidade, a regra é a liberdade; a imposição das medidas cautelares diversas da prisão a exceção; ao passo que a prisão, qualquer que seja a sua modalidade, a exceção da exceção, é dizer, a ultima ratio do sistema processual penal. Inteligência do art. 5º, inciso LXVI, da CF. XIII – O art. 313 do CPP cuida de dispositivo específico para a prisão preventiva não aplicável à prisão temporária, porquanto, no caso desta, o legislador ordinário, no seu legítimo campo de conformação, já escolheu os delitos que julgou de maior gravidade para a imposição da prisão (inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89). Entender de modo diverso implicaria confusão entre os pressupostos de decretação das prisões preventiva e temporária, bem como violação aos princípios da legalidade e da separação entre os poderes. XIV – Ação Direta de Inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgados parcialmente procedentes os pedidos para conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (periculum libertatis), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (fumus comissi delicti), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP). (ADI 4109, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14-02-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 20-04-2022 PUBLIC 22-04-2022)

Para a decretação da prisão temporária, conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4109, os requisitos são: a) Imprescindibilidade para Investigações, com base em elementos concretos e não meras conjecturas. Não pode ser utilizada como prisão para averiguações ou fundada apenas na ausência de residência fixa do representado; b) Fundadas Razões de Autoria ou Participação (*Fumus Comissi Delicti*): Deve haver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos na Lei

7.960/1989, é vedada a analogia ou interpretação extensiva do rol de crimes previstos; c) Justificação em Fatos Novos ou Contemporâneos à sua decretação, em conformidade com o art. 312, § 2º, do Código de Processo Penal (CPP); d) Adequação à Gravidade do Crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado, conforme o art. 282, II, do CPP; e) Inadequação de Medidas Cautelares Alternativas: deve ser demonstrado que a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, não seria suficiente, conforme o art. 282, § 6º, do CPP.

Em síntese: 1. Imprescindibilidade para a investigação com base em subsídios concretos; 2. Fundadas razões de autoria ou participação nos crimes previstos na Lei; 3. Justificação em fatos novos ou contemporâneos à decretação da prisão temporária; 4. Adequação da medida à gravidade do crime e condições pessoais do indiciado; 5. Insuficiência de medidas cautelares alternativas à prisão.

A prisão temporária e a prisão preventiva são duas formas de custódia cautelar, mas aplicadas em circunstâncias e com objetivos distintos.

A prisão temporária, regulamentada pela Lei nº 7.960/89, tem como principal intento garantir a eficácia das investigações policiais em casos de infrações penais graves. É estritamente limitada em duração: cinco dias, prorrogáveis por mais cinco em casos comuns, e até 30 dias, prorrogáveis por mais 30, para crimes hediondos e equiparados. Essa modalidade de prisão não pode ser decretada de ofício, dependendo sempre de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.

Por outro lado, a prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal (arts. 312 e 313), visa garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a

aplicação da lei penal. Pode ser decretada em qualquer fase do processo investigatório ou judicial, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Além disso, é necessária quando medidas cautelares alternativas se mostrarem insuficientes ou inadequadas. Ao contrário da temporária, a preventiva não possui um prazo máximo determinado por lei, sendo revista periodicamente para determinar a necessidade de sua manutenção.

14.8 Prisão Domiciliar

A prisão domiciliar é uma forma de cumprimento da prisão preventiva que consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (art. 317 do CPP), foi inserida pela Lei n. 12.403/2011, dispõe o artigo: "A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial".

O art. 318 trata das hipóteses em que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: 1) maior de 80 (oitenta) anos; 2) extremamente debilitado por motivo de doença grave; 3) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; 4) gestante; 5) mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; 6) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Sobre o tema, ainda impõe o CPP:

> *Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).*
> *I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).*
> *II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).*

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

A prisão domiciliar prevista no CPP não se confunde com a prisão domiciliar regulada na Lei de Execução Penal. A LEP, ao tratar da prisão domiciliar, está dispondo sobre a possibilidade de a pessoa já condenada cumprir a sua pena privativa de liberdade na sua residência, portanto, é uma prisão pena. É cabível quando o apenado for: a) Maior de 70 anos; 2) Acometido de doença grave; 3) Com filho menor ou deficiente físico ou mental; 4) Gestante.

14.9 Do Mandado de Prisão

O art. 285 do CPP trata da expedição do mandado de prisão:

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.
Parágrafo único. O mandado de prisão:
a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

O mandado de prisão é um documento escrito, trata-se de uma ordem judicial, portanto, só pode ser expedido pelo juiz, salvo em caso de Estado de Defesa. O mandado de prisão expedido por juiz impedido ou suspeito é nulo nos termos do art. 564, I do CPP.

Dispõe o Art. 287 que "se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia".

O art. 288 impõe que "ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia

expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora".

A falta dos requisitos, especialmente os três primeiros, "a", "b" e "c", é causa de nulidade do mandado de prisão, de acordo com o artigo 564, IV do CPP, e pode ensejar na libertação do preso por meio de habeas corpus.

O Art. 291 elucida quando a prisão por mandado está configurada: "A prisão em virtude de mandado entender-se-á feita desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, Ihe apresente o mandado e o intime a acompanhá-lo".

A importância do art. 291 é fixar a data e hora exata da prisão, pois a partir deste momento podem ter várias consequências, conforme as disposições dos arts. 61, II, "i"; 352; 353, todos do CP.

O BNMP – banco nacional de mandados de prisão – foi criado pelo CNJ (Resolução 251 CNJ) com o desígnio de criar um banco de dados fundamental para as rotinas administrativas e judiciais permitindo a consulta dos mandados com maior celeridade e precisão.

A edição da Resolução 251, de 04 de setembro de 2018, do Conselho Nacional de Justiça normatizou o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, BNMP 2.0, trata-se de norma administrativa voltada à eficiência da prestação jurisdicional e celeridade no acesso de informações concernentes à prisão, seja ela definitiva ou provisória, no entanto, o fato de o mandado não estar no banco não o torna ineficaz, tampouco impede a prisão.

---

631 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

632 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-13.1

633 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

634 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 239

635 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

636 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

637 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

638 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 249

639 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 253

640 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 253

641 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 253

642 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 249

643 Decisão proferida nos autos n. 0215839-10.2022.8.19.0001

644 Decisão monocrática exarada pelo Ministro Alexandre De Moraes no Inq. n. 4.954.

645 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 252.

646 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 252

647 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 254

648 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024

649 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 259

650 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 259

651 SAMPAIO, Aristóteles de Alencar. Anotações sobre a atuação judicial ex officio na prisão cautelar em face da Lei 13.964/2019. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 45-69, Janeiro-Março

652 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024

653 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024

654 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024

655 SAMPAIO, Aristóteles de Alencar. Anotações sobre a atuação judicial ex officio na prisão cautelar em face da Lei 13.964/2019. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 45-69, Janeiro-Março/2021

656 Veja: TJSP, 0221240-81.2011.8.26.0000, 16ª Câm. Dir. Crim., Rel. Pedro Menin, j. 8.11.2011, *DJe*, 9.11.2011.

657 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 258

658 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 258

659 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1985.

660 NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

661 NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

662 NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

663 ZAGO, Marcelo, ROLIM, CURY, Nafêz Imamy; **Processo penal decifrado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 391

664 ZAGO, Marcelo, ROLIM, CURY, Nafêz Imamy; **Processo penal decifrado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 391

665 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699

666 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 708

667 BORGES, Danilo Marques. **A sociedade do constrangimento**: uma análise da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais sob a ótica do instituto de colaboração premiada. São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 248

668 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 710

669 Ministro Alexandre de Moraes no julgamento da ADIs 6.581 6.582

670 NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 389

671 NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 389

15 HABEAS CORPUS

O Habeas Corpus é uma ação constitucional, autônoma, que tem a finalidade de proteger o direito de ir e vir, a liberdade individual. É concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Há casos em que ocorre apenas ameaça a direito, nestas hipóteses o habeas corpus é preventivo. O direito ao habeas corpus é afiançado pela Constituição, artigo 5º, inciso LXVIII, tratando-se de uma garantia fundamental do cidadão.

15.1. Noções Gerais e Características do HC

O habeas corpus se enquadra como um remédio constitucional. De fato, os remédios constitucionais são ferramentas disponíveis aos cidadãos para suscitar o intermédio de autoridades com o escopo de impedir ou fazer cessar ilegalidades ou abuso de poder que lesem direitos e interesses individuais, são espécies: *habeas corpus, habeas data*, mandado de segurança, ação popular e mandado de injunção.

Habeas corpus, portanto, "é o remédio jurídico-constitucional destinado a proteger a liberdade de locomoção do indivíduo (*jus manendi*, *eundi, ambulandi*, *veniendi*, *ultro citroque*), ameaçada por qualquer ilegalidade ou abuso de poder". De fato, a "expressão habeas corpus significa 'tome o corpo', pois, em suas origens, com a impetração da ordem o prisioneiro era levado à presença do rei para que este verificasse a legalidade ou ilegalidade da prisão".[672]

Hodiernamente, este significado tradicional do habeas corpus não se sustenta, pois as questões tratadas pelo HC são, em sua maioria, "questões de direito", eliminando a necessidade de

apresentação física do prisioneiro. Contudo, no procedimento inicial em primeira instância, ainda pode ocorrer a apresentação do paciente. No contexto jurídico atual, habeas corpus se define como uma "ordem de libertação" ou uma "ordem para cessar um constrangimento ilegal". [673]

O art. 5º, LXVIII, da CF/88 assegura o habeas corpus quando houver ameaça ou violação à liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Este remédio protege a liberdade física contra atos ilegais ou arbitrários. O art. 647 do Código de Processo Penal (CPP) contém preceito similar.

Atualmente, o habeas corpus também protege contra atos jurisdicionais que indiretamente afetam a liberdade, sem implicar necessariamente restrição total da locomoção. São situações em que se pleiteia o trancamento de inquérito policial ou ação penal sem justa causa e a prevenção de indiciamento injustificado. Assim, é admissível o uso do habeas corpus para avaliar o afastamento de um Prefeito do cargo quando a medida é imposta juntamente com a prisão ou até mesmo para questionar uma decisão judicial que não tenha recurso cabível, mas que pode causar em algum momento a limitação da liberdade do paciente. [674]

15.1.1 Natureza jurídica

O capítulo X inserido no Título II, Dos Recursos em Geral, trata do "habeas corpus e seu processo", à primeira vista, em razão da inserção topográfica do HC no CPP poderia supor que se trata de um recurso.

Todavia, o HC não é um recurso "predomina o entendimento de que se trata de ação constitucional, que tem por objeto a proteção do direito de liberdade de locomoção".[675]

Há uma minoria da doutrina que defende a natureza mista do HC, tanto de ação, quanto de recurso é o caso de Cardoso Gusmão e Magalhães Noronha.[676]

15.1.2 Cognição Limitada

Importante introduzir o assunto explicando que a prática jurídica comumente faz uso das expressões: "juízo *a quo*" e "juízo *ad quem*", que significa: a "do qual" e "para o qual" ou, ainda, "de onde se recorre" e "para onde se recorre". Tais expressões são usualmente utilizadas na escrita da peça de HC.

Quando se afirma que o HC tem cognição limitada, significa dizer que a análise realizada em sede de habeas corpus é limitada à cognição do Tribunal *ad quem*. Apesar de inexistir proibição, de forma abstrata, o reexame de fatos ou provas, o habeas corpus oferece um acesso restrito à situação fática específica do caso, ou seja, não é possível produzir provas fáticas além daquilo que já existe nos autos do juízo *a quo*. Esta ação constitucional visa proteger os direitos fundamentais do paciente que possam ameaçar sua liberdade, mesmo que de maneira indireta.

Portanto, o juízo *ad quem* não realiza uma análise exaustiva do processo, como uma substituição do juízo original, mas sim uma verificação de questões específicas de ordem eminentemente "de direito". Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

> *A ação de habeas corpus - de caráter sumaríssimo - constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com objetivo (a) de promover a análise aprofundada da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos indiciários e/ou instrutórios coligidos no procedimento penal." (STF, HC 92.887, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 29.9.2009)*

O STJ em teses (edição n. 36) também elaborou enunciado explicando a cognição sumária/limitada do HC:

2) O conhecimento do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar de maneira inequívoca a pretensão deduzida e a existência do evidente constrangimento ilegal.
5) O habeas corpus é ação de rito célere e de cognição sumária, não se prestando a analisar alegações relativas à absolvição que demandam o revolvimento de provas.
7) O habeas corpus não é a via adequada para o exame aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor e o eventual excesso do valor dos alimentos, admitindo-se nos casos de flagrante ilegalidade da prisão civil.

15.2. Breve Histórico do HC

O Habeas Corpus é um instituto jurídico de grande importância histórica e contemporânea, profundamente ligado à luta pela efetivação dos direitos humanos na humanidade. Pontes de Miranda[677] destaca essa luta como uma batalha decisiva pela liberdade, sublinhando a importância do Habeas Corpus como um mecanismo essencial para a proteção dos direitos individuais. Historicamente, o desenvolvimento do Habeas Corpus pode ser dividido em três momentos cruciais: o período romano, a Magna Carta de 1215 e o *Habeas Corpus Act* de 1679 na Inglaterra.

No período romano, o Interdito de *Homine Libero Exhibendo* foi um precursor do Habeas Corpus, onde Ulpiano no Digesto explanava que uma pessoa livre detida injustamente deveria ser apresentada publicamente. Este interdito era restrito apenas aos homens livres e só poderia ser utilizado contra particulares, sendo possível a aplicação contra o poder imperial. Câmara discorda que a *interdicta* dos romanos seja o embrião do HC.[678]

De se considerar, por outro lado, que a ação em questão, a exemplo de outros remédios correlatos, tinha por finalidade precípua tutelar quaisquer espécies de violência e coação ilegais contra a pessoa, e não somente, como acontece no estágio atual do instituto, a proteção do direito de ir, vir e ficar do indivíduo, enfim, sua liberdade corpórea, o que será devidamente explicitado no correr desta obra jurídica. A retenção a que se faz menção, que era objeto da actio ad exhibendum (ação de exibição), dizia respeito a ato coativo indevido praticado pelo particular que retinha indevidamente, ilegalmente o homem livre, conforme registro em fragmento do Digesto: hoc interdictum

> *et in absentem esse rogandum Labeo scribit: sed si non defendatur, in bona ejus eundum ait.*[679]

De acordo com "fontes doutrinárias, o habeas corpus (habeas corpus ad subjiciendum – tomai o corpo do detido para submeter ao tribunal o homem e o caso) é um instituto originário do Direito inglês" [680]. A Magna Carta de 1215 na Inglaterra, assim, foi um marco na construção da ideia de liberdade individual frente ao poder estatal.

> *[...] a Magna Charta, imposta pelos barões ingleses, em 15 de junho de 1215, ao rei João Sem Terra, foi ato solene para assegurar a liberdade individual, bem como para impedir a medida cautelar de prisão sem o prévio controle jurisdicional (retro n. 923). O modo prático de efetivar-se esse direito à liberdade – como lembra Costa Manso – foi estabelecido pela jurisprudência: expediam-se mandados (writs) de apresentação, para que o homem (corpus) e o caso fossem trazidos ao tribunal, deliberando este sumariamente sobre se a prisão devia ou não ser mantida. Dos diversos writs, o que mais se vulgarizou foi o writ of habeas corpus ad subjiciendum, pelo qual a Corte determinava ao detentor ou carcereiro que, declarando quando e por que fora preso o paciente, viesse apresentá-lo em juízo, para fazer, consentir com submissão e receber – ad faciendum, subjiciendum et recipiendum – tudo aquilo que a respeito fosse decidido.*[681]

Depois, a *Petition of Rights* em 1628 e a *Bill of Rights* em 1688 robusteceram essa proteção, culminando no *Habeas Corpus Act* de 1679. Este ato exigia que a autoridade apresentasse o detido ao juiz para justificar a legalidade da prisão, estabelecendo um marco importante para as liberdades individuais e influenciando a modernidade democrática.

Após, o *Habeas Corpus Act* de 1816 foi criado para corrigir as falhas do *Habeas Corpus Act* de 1679, que só contemplava pessoas privadas de liberdade acusadas de crimes, excluindo aquelas detidas por outras razões. Com a nova legislação, passou-se a permitir que qualquer pessoa detida, por motivos distintos de uma acusação criminal, pudesse utilizar o habeas corpus para acelerar a decisão sobre a legalidade de sua detenção. Assim, após comprovada a

ilegalidade da detenção, a liberdade era restituída, estendendo a proteção antes limitada às detenções por suspeita de crime.[682]

No Brasil, "pode-se afirmar, com segurança, que o momento legislativo a provocar o aparecimento do habeas corpus no Brasil foi o Decreto de 23 de maio de 1821", que sucedeu "à partida de D. João VI para Portugal, referenciado pelo Conde dos Arcos".

Posteriormente, o Habeas Corpus foi introduzido expressamente no Código de Processo Criminal de 1832 (arts. 340 e 341), inspirado nos *Habeas Corpus acts* ingleses. Primeiramente, o direito era restrito aos cidadãos brasileiros, mas em 1871, a Lei nº 2033 permitiu que estrangeiros também pudessem requerer habeas corpus.[683]

A Constituição de 1891, por sua vez, expandiu sua aplicação, permitindo o uso contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder, além da restrição da liberdade de locomoção. Constituição de 1891 em seu § 22, do art. 72, preceitua: "Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder".

Durante a época republicana, o Habeas Corpus era o único instrumento de defesa da liberdade individual, pois o mandado de segurança só foi criado na Constituição de 1934. Originalmente, o Habeas Corpus tinha um alcance amplo, protegendo várias formas de liberdade. No entanto, críticas à sua ampla aplicação levaram o presidente Artur Bernardes, em 1926, a sugerir novos mecanismos para outras liberdades, antecipando o mandado de segurança. A reforma buscou restringir o Habeas Corpus à proteção da liberdade física, alinhando-se ao conceito clássico e evitando a sobrecarga no Supremo Tribunal.

Assim, as Constituições subsequentes restringiram sua aplicação ao sentido estrito de proteção à liberdade de locomoção, e durante o

regime militar, o Ato Institucional n. 5 de 1968 suspendeu a garantia de habeas corpus, o art. 10 rezava: "Fica suspensa a garantia de habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular". A Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969, trouxe, em seu art. 182, o AI-5, cuja revogação somente se deu em 31 de dezembro de 1978.

No entanto, com a redemocratização do país, a Constituição de 1988 restaurou plenamente a força do Habeas Corpus como garantia fundamental e cláusula pétrea, abolindo restrições anteriores.

A importância do Habeas Corpus inglês é destacada por Fabio Konder Comparato, que enfatiza sua importância na proteção das liberdades individuais e sua influência global. Este legado culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que universalizou a proteção dos direitos humanos, aplicável em nível transnacional.[684]

> *A importância histórica do habeas-corpus, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o _juicio_de_amparo e o mandado de segurança copiaram do habeas-corpus a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública, acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas.*

Rui Barbosa foi um defensor fervoroso da aplicação expandida do Habeas Corpus, aduzindo que ele deveria proteger contra todas as formas de ilegalidade e violação dos direitos fundamentais. Exemplos importantes, como o habeas corpus n. 300 em 1892 e o habeas corpus n. 410 em 1893, ilustram suas contribuições para o controle de constitucionalidade dos atos executivos pelo STF[685]. No entanto, conforme se viu anteriormente, a reforma de 1926 restringiu o Habeas Corpus à proteção da liberdade de locomoção, e

o Mandado de Segurança, introduzido em 1934, solidificou essa restrição.

Hodiernamente, o STF busca limitar sua atuação em habeas corpus, concentrando-se em sua função de tribunal constitucional conforme impõe o Art. 102 da Constituição Federal. A Súmula 691 do STF restringe o conhecimento de habeas corpus contra decisões de relator em tribunais superiores que indeferem liminares, exceto em casos de flagrante ilegalidade ou abuso manifesto, *in verbis*: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar".

Ademais, há um debate constante sobre a necessidade de agravo regimental antes de impetrar habeas corpus no STF e sobre a eficácia e aplicação da Súmula 691. Em alguns casos, o STF tem mitigado a aplicação da Súmula para evitar constrangimentos ilegais evidentes. Conforme dois exemplos a seguir colacionados:

> *Como se sabe, a jurisprudência pacífica desta Suprema Corte, consolidada pela Súmula 691, é no sentido da impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal dar seguimento ao writ impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. Nesse sentido, anoto que a superação do referido verbete sumular constitui medida excepcional, a se legitimar quando a decisão atacada se mostra teratológica, flagrantemente ilegal ou abusiva. No caso sob exame, verifico estar-se diante dessa situação, apta a superar a súmula em questão, diante do evidente constrangimento ilegal a que está submetido o paciente. (...) Por esse motivo, passo ao exame desta impetração. Esta Suprema Corte tem afastado a prisão preventiva quando a quantidade de droga apreendida é irrisória ou em volume que não justifique a escolha pela cautelar mais gravosa, tornando-a desproporcional. (...) Com efeito, o paciente teve a prisão preventiva decretada com fundamento na gravidade abstrata do delito a ele imputado, garantia da ordem pública e, ainda, na quantidade de droga apreendida (...). Todavia, apenas 8g (...) de crack foram encontradas em posse do paciente (...).[**HC 221.477**, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, dec. monocrática, j. 19-10-2022, DJE 211 de 20-10-2022.]*
>
> *Na hipótese dos autos, entendo caracterizada situação apta a ensejar o afastamento da Súmula 691/STF. Monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP. (...) No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou*

> *no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. (...) Recentemente, a Segunda Turma julgou o HC 152.752/PR, DJe 27.6.2018, de modo que novamente manifestei-me no sentido de que o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça é a opção que confere maior segurança à execução provisória da pena. Isso porque (...) o STJ pode corrigir questões relativas a tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena. (...) No caso, após o desprovimento da apelação, a defesa opôs embargos infringentes no TRF/4ª, mas até a presente data inexiste julgamento de mérito. Assim, considerando a pendência no julgamento do referido recurso, entendo que a concessão da ordem do presente* writ *é medida que se impõe, principalmente, pelo fato de a jurisdição não ter sido exaurida em segunda instância. Trata-se de medida que se impõe, por extensão, diante do decido no HC 160.296/RS. Ante o exposto, concedo a ordem para que o réu aguarde em liberdade até o julgamento colegiado de possível RESP/ARESP pelo Superior Tribunal de Justiça, ou de* habeas corpus *que verse sobre questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recurso endereçados aos Tribunais Superiores.[**HC 163.010**, rel. min. **Gilmar Mendes**, dec. monocrática, j. 5-10-2018,* DJE *215 de 9-10-2018.]*

Em síntese, o Habeas Corpus configura-se como um remédio constitucional primordial para a salvaguarda da liberdade individual, dotado de uma evolução histórica significativa que o consolidou nos sistemas jurídicos contemporâneos. Apesar dos desafios e das adaptações ao longo do tempo, o Habeas Corpus permanece um instrumento essencial na proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

15.3. Espécies

A doutrina clássica afirma que quanto ao mérito o HC pode ser: a) liberatório ou repressivo; ou b) preventivo.

a) Habeas corpus liberatório ou repressivo: visa eliminar, reprimir uma prisão ilegal, ou seja, um constrangimento à liberdade já ocorrido, restaurando o *status libertatis* do indivíduo. Ao conceder a ordem, o juiz emite um alvará de soltura para cessar imediatamente o constrangimento ilegal. A entidade coatora deve libertar o paciente imediatamente, sob pena de cometer crime de desobediência (art. 330 do CP).

b) Preventivo: O habeas corpus será preventivo quando sua intenção for evitar a iminente violação ou coação ilegal à liberdade individual antes de sua efetiva consumação, ou seja, não houve privação de liberdade, mas há uma ameaça concreta/efetiva de que isso ocorra. Nesse contexto, será emitido um salvo-conduto – com o deferimento do HC – para proteger o direito de ir e vir da pessoa ameaçada.

Contudo, se existir um mandado de prisão já expedido (**HC suspensivo**) e não cumprido, o impetrante deve solicitar a emissão de um contramandado de prisão, e não um salvo-conduto. Há divergências doutrinárias sobre essa situação, com alguns posicionamentos indicando que, devido à formalização do ato coator, o habeas corpus seria repressivo.[686]

O habeas corpus, assim, protege direitos fundamentais do réu contra restrição ilegal de liberdade. Para coibir ameaças ou lesões às prerrogativas do advogado, como acesso aos autos, utiliza-se o mandado de segurança.

Por fim, a doutrina ainda classifica o **habeas corpus em profilático e trancativo**. O primeiro, profilático, previne futuras prisões legais, mas com ilegalidades anteriores. O habeas corpus trancativo visa encerrar inquéritos ou processos penais, conforme interpretação a *contrario sensu* do art. 651 do CPP.

O **Habeas Corpus de ofício**: a concessão *ex officio* de habeas corpus é adequada quando o juiz ou tribunal identifica coação ilegal iminente ou já ocorrida (art. 654, § 2º do CPP). Se concedido por juízo monocrático, exige-se o reexame necessário pelo tribunal, denominado recurso de ofício, o qual é condição de validade do HC (art. 574, I do CPP). A natureza de ação do habeas corpus não impede sua concessão *ex officio,* dada a importância das liberdades individuais para a ordem pública. [687]

Importante explicar que o relaxamento de prisão ilegal pelo juiz, após verificação do auto de prisão em flagrante, cumpre o art. 5º, LXV da CF, e não configura habeas corpus *ex officio*, dispensando recurso de ofício (art. 574, I do CPP). Todavia, se o preso permanece sob a custódia judicial após flagrante e a prisão ilegal não é relaxada, o habeas corpus é o instrumento adequado para cessar o constrangimento, posicionando o juiz como autoridade coatora. [688] Dispõe o parágrafo único do art. 647-A do CPP:

> *[...]*
> *Parágrafo único. A ordem de **habeas corpus** poderá ser concedida de ofício pelo juiz ou pelo tribunal em processo de competência originária ou recursal, ainda que não conhecidos a ação ou o recurso em que veiculado o pedido de cessação de coação ilegal.*

Há ainda, o **habeas corpus individual**, aquele em que o paciente é pessoa ou pessoas certas e determinadas e o **habeas corpus coletivo**. O último, foi inserido no CPP por meio da Lei n. 14.836/2024 que inseriu o art. 647-A ao CPP:

> *Art. 647-A. No âmbito de sua competência jurisdicional, qualquer autoridade judicial poderá expedir de ofício ordem de **habeas corpus**, individual ou coletivo, quando, no curso de qualquer processo judicial, verificar que, por violação ao ordenamento jurídico, alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.*

O habeas corpus coletivo já era comum na prática forense, o STF, inclusive já julgou casos paradigmáticos importantes, concedendo HC a um grupo determinável de pessoas, como é o caso do Habeas Corpus (HC n. 143641) coletivo para decretar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território brasileiro, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo do emprego das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

15.4 Cabimento e Hipóteses de Impetração

Aduz a CF, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, que "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", dicção parecida é a do art. 647 do CPP. Assim como qualquer ação, demanda legitimidade – ativa e passiva –, interesse e possibilidade jurídica do pedido.

Importante mencionar que, "embora nem a lei nem a Constituição Federal prevejam expressamente que a utilização do habeas corpus demande a existência de direito líquido e certo", tal requisito está consagrado pela "doutrina e pela jurisprudência, não admitida, como regra, qualquer dilação probatória".[689] Assim, de acordo com os dizeres de Pontes de Miranda"Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é de si mesmo concludente e inconcusso".[690]

Ademais, o STF implantou novo mecanismo para filtrar impetrações inadmissíveis de Habeas Corpus, autorizando a presidência da corte a despachar Habeas Corpus manifestamente incabíveis, encaminhando-os ao órgão competente. Esta medida espelha práticas já adotadas pelo STJ para indeferir liminarmente Habeas Corpus que não tiveram o mérito julgado na origem, baseado no artigo 21-E, IV, do Regimento Interno do STJ.

A jurisprudência do STF tem consolidado diversas restrições ao cabimento do Habeas Corpus, conforme já mencionado, a Súmula 691, que limita o conhecimento de Habeas Corpus contra decisões de relatores em tribunais superiores. Outras restrições incluem a inadmissibilidade de Habeas Corpus contra decisões monocráticas de ministros da corte e a não aceitação de Habeas Corpus como substituto de revisão criminal, salvo se a ilegalidade for manifesta. Veja:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. INADMISSIBILIDADE DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. REGIME INICIAL FECHADO: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006: MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA: INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (RHC 230605 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 12-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 13-09-2023 PUBLIC 14-09-2023)*

Apesar das restrições, a jurisprudência recente do STF tem permitido o Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Entretanto, desafios persistem devido à cultura processual penal autoritária que prejudica as garantias individuais.

> *HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. ADMISSIBILIDADE. LESÃO CORPORAL LEVE. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. LEI 9.099/1995. INIMPUTABILIDADE. DIREITO À COMPOSIÇÃO DE DANOS. TRANSAÇÃO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CURADOR ESPECIAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Suprema Corte admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional. 2. A Lei 9.099/95, cumprindo mandamento constitucional, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro novo modelo de Justiça Criminal Consensual. Diversamente do processo penal comum, em que a finalidade é a punição do agente em caso de condenação após o devido processo legal, no Juizado Especial Criminal, o objetivo do processo, na dicção do art. 62 da Lei, deve ser, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de medida não privativa de liberdade. 3. Com vistas a alcançar o seu fim, a norma conferiu um espaço consensual às partes, que dispõem de medidas despenalizadoras, como a composição civil (art. 74, parágrafo único), a transação (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89), instrumentos favoráveis ao autor do fato que materializam o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. 4. A inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do agente não pode impedi-lo de receber tratamento processual mais benéfico, sendo possível viabilizar as medidas despenalizadoras com a nomeação de curador especial. 5. No caso, a ausência de realização da audiência preliminar impediu provável composição dos danos mediante acordo, situação que demonstra o prejuízo concreto sofrido pelo paciente a ensejar a anulação processual. 6. Ordem concedida para anular a audiência de instrução e julgamento e os atos subsequentes, bem como determinar a realização de audiência preliminar para possibilitar ao autor do fato, por intermédio de curador especial, os benefícios despenalizadores previstos na Lei 9.099/95. (HC 145875, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 05-12-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 15-12-2022 PUBLIC 16-12-2022)*

O art. 142, § 2º, da Constituição Federal institui que não é cabível habeas corpus em relação a punições disciplinares militares, aplicáveis tanto às Forças Armadas quanto à Polícia Militar. Também, durante o estado de defesa (art. 136, CF) e o estado de sítio (art. 137, CF), muitos direitos e garantias individuais são suspensos, o que pode legitimar restrições à liberdade que apartam a aplicabilidade do habeas corpus.

Em relação às punições disciplinares militares, Nucci[691] destaca dois pontos:

1) Punições disciplinares que não afetam a liberdade de locomoção do militar não admitem habeas corpus, devendo ser primeiro esgotados os recursos na esfera administrativa. Caso o militar permaneça insatisfeito após esgotar os recursos administrativos, pode recorrer ao Judiciário (Justiça Federal para Forças Armadas; Justiça Estadual para Polícia Militar), conforme a Súmula 694 do STF: "Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública". Veja julgamento do STF em caso similar:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO DE FUZIL AUTOMÁTICO LEVE (FAL) CALIBRE 7,62 mm E A RESPECTIVA MUNIÇÃO (ARTIGO 242 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITARES. UTILIZAÇÃO DO ARMAMENTO PARA ROUBO A AGÊNCIA BANCÁRIA. HABEAS CORPUS JULGADO EXTINTO. 1. As Forças Armadas são instituições permanentes fundadas na disciplina e na hierarquia, destinadas à defesa da pátria e manutenção da lei e da ordem (artigo 142, caput da CF). Em função da missão constitucional outorgada às instituições militares, o estatuto jurídico de seus membros difere dos civis, sendo vedado àqueles, v. g., a filiação partidária e sindical, exercício de greve, impetração de habeas corpus contra punições disciplinares. Precedente: HC 108.811, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 08/11/2011. 2. O modus operandi no caso sub examine revela o desrespeito do paciente para com a hierarquia e disciplina militares, além de colocar em risco a segurança do quartel. Os depoimentos das testemunhas demonstram que o paciente se valeu da sua qualidade de membro do Exército e do conhecimento dos procedimentos de segurança para roubar o armamento. Prova disso é a utilização de senha e contrassenha para evitar que a sentinela percebesse a ameaça.*

3. In casu, a prisão preventiva também se justifica para a manutenção da ordem pública. O roubo de um fuzil automático leve calibre 7,62 mm indica a intenção do paciente de reiterar a prática criminosa. Não bastasse isso, a tentativa de assalto a uma agência bancária comprova a suspeita de que o paciente pretende se dedicar a atividades ilícitas. 4. Habeas corpus julgado extinto e cassada a medida cautelar. (HC 110328, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11-11-2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 06-02-2015 PUBLIC 09-02-2015)

b) Todavia, em casos de prisão disciplinar, embora geralmente excluída do âmbito do habeas corpus, admite-se sua impetração em situações excepcionais, como incompetência da autoridade, falta de previsão legal da punição, violação de formalidades legais ou excesso de prazo, ou seja, acerca da legalidade do ato, a jurisprudência entende cabível o HC. Assim, há consenso doutrinário que a proibição do habeas corpus não é absoluta, sendo que os direitos e garantias fundamentais possuem uma hierarquia diferenciada, assegurada inclusive pela cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF). Contudo, o uso de habeas corpus contra prisões disciplinares militares deve ser restrito a casos teratológicos, sem questionar a conveniência ou oportunidade da medida.[692] Veja a seguir decisão proferida pelo STJ:

CRIMINAL. HC. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRISÃO. CUMPRIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA OU AMEAÇA À LIBERDADE DE IR E VIR. ORDEM NÃO CONHECIDA. I. Em relação à ***punição disciplinar militar, só se admite a análise da legalidade do ato, via habeas corpus, quando encontrar-se ameaçada a liberdade de locomoção do cidadão****. II. Cumprimento da sanção disciplinar imposta ao paciente. III. Inexistindo ofensa ou ameaça ao direito de ir e vir do paciente, não se justifica a utilização do writ. IV. Ordem não conhecida. (STJ; RHC 14906 / DF; Ministro GILSON DIPP; QUINTA TURMA; data do julgamento: 01/04/2004) (grifei)*

Por fim, cabe colacionar três súmulas escritas a partir das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 693: "Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada".

Súmula nº 694: "Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública".

Súmula nº 695: "Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa da liberdade".

16.4.1 Coação Ilegal

O art. 648 do CPP elenca as hipóteses de ilegalidade da coação, veja:

> *Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:*
>
> *I - quando não houver justa causa;*
> *II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;*
> *III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;*
> *IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;*
> *V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;*
> *VI - quando o processo for manifestamente nulo;*
> *VII - quando extinta a punibilidade.*

A seguir, cada inciso será analisado:

I) Quando não houver justa causa: Nucci explica que o inciso se desdobra em duas perspectivas: "a.1) justa causa para a ordem proferida, que resultou em coação contra alguém; a.2) justa causa para a existência de processo ou investigação contra alguém", sem que tenha lastro probatório satisfatório.[693]

Assim, a expressão "falta de justa causa" refere-se à ausência de suporte fático ou legal para a prisão ou início de uma ação penal. Conforme estabelecido, ninguém pode ser preso a não ser em flagrante delito ou por ordem judicial escrita e fundamentada, exceto em casos de infrações militares específicas. Portanto, sem situação de flagrância, não existe justa causa para prisão. Igualmente, não havendo fundamento para investigações preliminares, o início de um inquérito policial que seja

manifestamente abusivo pode ser considerado ilegal, permitindo seu encerramento prematuro por meio de HC. Ademais, dada a natureza sumária e excepcional do HC só existirá o trancamento do inquérito: "a. manifesta atipicidade formal ou material da conduta delituosa; b. presença de causa extintiva da punibilidade; c. instauração de inquérito policial em crime de ação penal de iniciativa privada" ou de ação penal pública condicionada à representação, sem antecedente requerimento do ofendido ou de seu representante legal.[694]

II) Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei: devido ao prolongamento excessivo da prisão temporária (5 dias ou 30 dias, se não houver prorrogação) ou da prisão preventiva, ferindo a razoabilidade, quando verificado no caso concreto. A Súmula 52 do STJ dispõe que, "encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo". Também sobre o assunto, a Súmula 64 do STJ impõe que "não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa". Sobre o tribunal do júri, a Súmula 21 do STJ: "Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução". Por fim, cumpre mencionar a Súmula 697 do STF: "A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo".

III) Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo: Aduz a Constituição Federal que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º,

LXI). De fato, "as regras de competência material (*ratione materiae*), territorial (*ratione loci*) ou por prerrogativa de função (*ratione personae*). A incompetência acarreta a ilegitimidade da constrição da liberdade física".[695]

IV) Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação: A prisão, sendo uma exceção e a liberdade a regra, exige que qualquer restrição à liberdade seja removida assim que seu fundamento se extinguir. Caso a prisão preventiva de uma pessoa tenha sido decretada, ou seja, com fundamento no art. 312 do Código de Processo Penal, mas as razões para a manutenção da prisão forem superadas — seja por não haver mais risco à ordem pública, seja pela impossibilidade do réu de influenciar o processo criminal ou devido ao término da instrução criminal —, o habeas corpus surge como medida adequada para cessar a restrição à liberdade, dada a ilegalidade da manutenção da prisão.[696]

V) Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza: a Constituição Federal institui que ninguém ficará preso, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança, conf. art. 5.º, LXVI, assim, preenchendo os requisitos legais, a fiança deve ser arbitrada e o réu colocado em liberdade, não o fazendo, o HC será o remédio apto a fazer valer o direito do coagido.

VI) Quando o processo for manifestamente nulo: o uso do habeas corpus, em detrimento da revisão criminal, ou do recurso cabível, é adequado apenas em circunstâncias específica, ou seja, quando o processo já se findou e ocorre uma prisão ou quando a injustiça é tão evidente que se torna incontestável, caracterizando a situação como

teratológica. Ademais, em processos ainda em curso, o habeas corpus pode ser empregado em substituição aos recursos ordinários apenas se o dano ao réu for considerado irreparável, como nas situações em que a demora no trâmite de recursos regularmente previstos, especialmente quando se trata de um acusado já encarcerado.[697]

VII) Quando extinta a punibilidade: em razão de já não subsistir para o Estado o *jus puniendi*, por ter sido declarada extinta a punibilidade, não existe constrangimento ilegal apto a ensejar o HC. De fato, conforme consigna a Súmula 695 do Supremo Tribunal Federal: "Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade".

A regra preconiza a inexistência de constrangimento ilegal diante da extinção da punibilidade, quer pelo cumprimento da pena, quer por obstáculo à pretensão punitiva ou executória estatal. Contudo, excepcionalmente, pode persistir o constrangimento ilegal, mesmo com a extinção da punibilidade, "assim, poderia o interessado impetrar habeas corpus para o fim de apagar o registro constante na folha de antecedentes, que não deixa de ser um constrangimento ilegal", ou, ainda, "para liberar pessoa que, embora com a punibilidade extinta, não tenha sido efetivamente solta pelo Estado, continuando no cárcere". Neste sentido, a simples extinção da pena privativa de liberdade não afasta inteiramente a "possibilidade de interposição de habeas corpus" [698], devendo haver análise da situação fática.

15.4.2 Terminologia

Importante atentar-se aos termos do HC, no momento em que for escrever a petição inicial do remédio constitucional.

Impetrar: HC é impetrado e não interposto.

Impetrante: indivíduo que impetra a ordem de habeas corpus, p.ex., o advogado ou defensor público, em benefício de seu cliente/assistido (paciente). Pode ser impetrado por pessoa física e jurídica. O impetrante não precisa ter capacidade postulatória, ou seja, qualquer pessoa, não necessariamente o advogado, pode impetrar o HC.

Paciente: pessoa que será beneficiada com a ordem do HC, ou seja, em favor de quem se impetra a ordem de habeas corpus. Poderá ser qualquer pessoa natural, não há HC em favor de pessoa jurídica, pois esta não corre risco de ter sua liberdade de ir e vir restrita, ainda que seja ré em ação penal por crime ambiental. Em tais hipóteses é cabível a impetração de Mandado de Segurança.

Autoridade coatora: Autoridade que perpetrou o ato ou proferiu a decisão contra a qual se impetra habeas corpus. P.ex. delegado que mantém a prisão em flagrante, apesar de ser cabível a concessão de fiança pela autoridade policial.

Impetrado: autoridade para a qual ação de HC foi distribuída, ou seja, a autoridade que julgará o HC, podendo ser juiz ou um tribunal.

Detentor: pessoa que detém o paciente; pode ser distinta da autoridade coatora, como no caso de uma prisão preventiva determinada pelo juiz, quando o paciente está preso em um presídio, neste caso, o detentor é o Diretor do Presídio.

Concessão da ordem: Julgado procedente o *writ*, se diz que a ordem foi concedida.

Denegação da ordem: Se o HC for julgado improcedente, a ordem é denegada.

Salvo-conduto: ordem judicial emitida, quando da concessão da ordem, a fim de prevenir que o paciente seja preso.

Pedido de informações: a autoridade impetrada requisitará da autoridade coatora informações, nos termos do art. 662, CPP: “Se a

petição contiver os requisitos do art. 654, § 1º, o presidente, se necessário, requisitará da autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o presidente mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição". Conforme se denota, o pedido de informações só será realizado se houver necessidade e só tem previsão legal para o HC impetrado via Tribuna.

15.5. Procedimento e Competência

O habeas corpus, tanto o preventivo, quanto o repressivo é submetido por meio de uma petição direcionada ao juízo competente, que pode ser o Juiz Criminal, o Presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, ou ainda o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a depender do caso concreto. Conforme as regras gerais a seguir explicadas.

A petição inicial deve atender aos requisitos estabelecidos nos Artigos 287 e 319 do CPC, nomeando o local onde o paciente se encontra e apresentando provas da ameaça iminente ao seu direito de locomoção ou de restrição ao direito de ir e vir, eis que inexiste dilação probatória em sede de HC.

É importante incluir na petição um pedido de liminar para a expedição imediata do alvará de soltura ou salvo-conduto do paciente, devendo o impetrante demonstrar a existência do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A decisão sobre a liminar poderá ser mantida ou não na decisão final do habeas corpus, que resolverá a concessão ou não da ordem.

A competência do Supremo Tribunal Federal (STF) inclui julgar originariamente habeas corpus envolvendo determinadas

autoridades, conforme o art. 102, I, d e i da Constituição Federal (CF), senão veja:

> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
> *I - processar e julgar, originariamente:*
> *[...]*
> *d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*
> *[...]*
> *i) o* **habeas corpus***, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;*

Ou seja, em casos onde a autoridade coatora ou o paciente esteja diretamente sujeito à jurisdição do STF. Esta competência se estendia às decisões de Turmas Recursais de Juizados Especiais Criminais, conforme a antiga Súmula 690 do STF, hoje revogada pelo julgamento proferido pelo Pleno, em 23/08/2006 no HC n. 86.834-SP, transferindo a competência para os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Veja:

> *Quanto ao pedido de análise do aduzido cerceamento de defesa em sede de* habeas corpus*, ressalto que a Súmula 690/STF não mais prevalece a partir do julgamento pelo Pleno do HC 86834/SP, relatado pelo Rel. Ministro Marco Aurélio (DJ em 9.3.2007), no qual foi consolidado o entendimento de que compete ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, conforme o caso, julgar* habeas corpus *impetrado contra ato praticado por integrantes de Turmas Recursais de Juizado Especial. [ARE 676.275 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 12-6-2012,* DJE *150 de 1º-8-2012.]*

O STF também julga, em recurso ordinário (RO), habeas corpus que tenham sido decididos em única ou última instância por tribunais superiores, se a decisão for denegatória, de acordo com a dicção do art. 102, I, i da CF. Sobre o tema, explica Nucci:

> *Cabe-lhe, ainda, julgar em recurso ordinário, o habeas corpus decidido em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão. Cremos razoável incluir também o habeas corpus decidido em última instância pelos tribunais superiores,*

> *embora a Constituição não mencione expressamente esse termo. Afinal, se caberia interpor diretamente habeas corpus no STF, quando o coator fosse Tribunal Superior, logicamente, cabe a interpretação extensiva do termo "única" instância. E mais: tal possibilidade vem prevista na competência do STJ, ao falar em "única ou última instância" (art. 105, II, a, CF). Cabe-lhe julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus decidido em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.*[699]

Adicionalmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem competência para julgar, originariamente, habeas corpus envolvendo diversas autoridades federais e estaduais (são elas: Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais), nos termos do art. 105, I, c da CF.

> *Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:*
> *I - processar e julgar, originariamente:*
> *[...]*
> *c) os* **habeas corpus** *, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;*

O STJ não revisa matéria não ventilada anteriormente, respeitando o princípio do prequestionamento. Contudo, pode conceder ordem de habeas corpus de ofício em casos de evidente ilegalidade. Sobre o assunto, veja:

> *Não pode o Tribunal Superior tomar conhecimento de um habeas corpus impetrado por réu ou condenado, tratando de questão não ventilada, nem decidida no recurso julgado pelo Tribunal do Estado. Em consequência, o Superior Tribunal de Justiça não aprecia matéria não levantada pelo paciente anteriormente. Se o fizesse, estaria suprimindo uma instância. É o denominado prequestionamento.*[700]

Quanto aos Tribunais Regionais Federais e juízes federais, sua competência abarca julgar habeas corpus quando a autoridade coatora for juiz federal, conforme o art. 108, I, d da CF. Ao juiz federal, nos termos do art. 109, VII da CF, cabe julgar os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição.

> *Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:*
> *I - processar e julgar, originariamente:*
> *[...]*
> *d) os habeas corpus, quando a autoridade coatora for juiz federal;*
> *[...]*
> *Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*
> *[...]*
> *VII - os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;*

Nos estados, a competência dos tribunais é definida pelas Constituições Estaduais e pela lei de organização judiciária, sendo usualmente atribuída aos Tribunais de Justiça julgar habeas corpus em casos envolvendo autoridades estaduais, como definido pelo art. 125, § 1º da CF e exemplificado por maioria das Constituições dos Estados.

No caso de promotor de justiça como autoridade coatora, a competência é originária no Tribunal de Justiça. A matéria já foi objeto "de intensa polêmica, mas hoje esta é a posição dominante". 701

Assim, a competência para julgamento de habeas corpus nos diferentes níveis do Judiciário brasileiro é distribuída com base na posição e na função jurisdicional das autoridades envolvidas, tanto como coatoras, quanto como pacientes, assim como no nível de jurisdição requerido para cada caso, respeitando as disposições constitucionais e as regras de prequestionamento.

15.5.1 Legitimidade Ativa e Passiva

No que diz respeito à legitimidade ativa do HC, ou seja, quem tem capacidade de impetrar a ação, importa mencionar que qualquer pessoa, seja física ou jurídica, nacional ou estrangeira, pode impetrar habeas corpus, em benefício próprio ou de terceiros (pacientes), sem necessidade de representação por advogado, conforme disposto no art. 654 do Código de Processo Penal (CPP) e o art. 1º, § 1º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia).

Ainda que a ausência de um advogado não impeça o recebimento e processamento do habeas corpus, tribunais como o STF (art. 191, I, do Regimento Interno) e o STJ (art. 201, I, do Regimento Interno) podem nomear um advogado ou defensor público para os casos em que o impetrante não é bacharel em Direito.

Embora qualquer pessoa possa impetrar habeas corpus individualmente, a interposição de recurso ordinário em habeas corpus deve ser feita por advogado e requer procuração nos autos. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a exigência se baseia na formalidade necessária para o recurso, destacada na Súmula 115 do STJ: Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos".

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SÚMULA 115 DO STJ. ENTENDIMENTO APLICÁVEL AO RECURSO ORDINÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA. CONTUMÁCIA DELITIVA EVIDENCIADA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO. RÉU RESPONDENDO A DIVERSOS PROCESSOS POR HOMICÍDIO. ATUAÇÃO PROCESSUAL DA DEFESA. SOBRECARGA DE TRABALHO DO JUÍZO PROCESSANTE. OMISSÃO DE ANÁLISE DE ÁLIBI. ARGUMENTAÇÃO A DEMANDAR REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO NA VIA ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. 1. O advogado subscritor do recurso ordinário não juntou procuração nos autos. Nos termos da jurisprudência da Terceira Seção desta Corte, o entendimento sufragado na Súmula 115 do STJ é aplicável também ao recurso ordinário em habeas corpus. Todavia, a fim de verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, que justifique a concessão de habeas corpus, de ofício, passa-se a análise do recurso. Precedentes.*

2. Se houver prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 3. A contumácia na prática delitiva, além de revelar a periculosidade do agente, autoriza a segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração criminosa. Precedentes. 4. Na hipótese em foco, ao consultar o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça da Bahia, verifica-se que, além de responder pela prática de homicídio qualificado nos autos em que fora decretada a prisão preventiva em análise, o ora recorrente é réu em mais 05 (cinco) processos que apuram a prática de homicídio. 5. Registre-se que, "se a conduta do agente - seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime - revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despiciendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade" (RHC 47.871/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 28/08/2014). Precedentes. 6. In casu, a denúncia expõe que o acusado, em concurso de agente, iniciou a execução delitiva em via pública, disparando arma de fogo contra uma das vítimas - Leandro Vicente da Silva Souza -, que, embora ferida pelos projéteis, buscou refúgio dentro de uma residência. Mesmo já dentro da habitação, o réu perseguiu a vítima - Leandro - e disparou novamente contra ela, sendo que um dos disparos atingiu fatalmente uma criança de 09 (nove) anos de idade. Segundo a exordial acusatória, o intento homicida se deu por vingança. 7. A apuração do prolongamento da segregação provisória não se realiza de forma puramente matemática. Registre-se que, ao ponderar o tempo dispensado à dilação processual e a extensão da custódia cautelar, é necessário se equacionar o direito à duração razoável do processo (CF, art. 5°, LXXXVIII) e à excepcionalidade da custódia cautelar (CF, art. 5° LXVI) com circunstâncias fáticas que, inexoravelmente, impactam na conclusão da prestação jurisdicional. Entre elas, é possível citar a gravidade do delito pelo qual o réu fora pronunciado, a estratégia alinhavada pela defesa e, por conseguinte, o número de recursos e atos dilatórios manejados, bem como a sobrecarga de trabalho a qual o Poder Judiciário está diuturnamente submetido. Precedentes. 8. Cumpre salientar que o Juízo de Direito da Vara do Júri e da Execução Penal da Comarca de Feira de Santana/BA, em informações prestadas, relatou que "conta com um diminuto quadro de pessoal (quatro servidores, sendo um nomeado recentemente), sem contar com Juiz de Direito Titular, respondendo esse Magistrado na condição de substituta, um acervo de 8.000 (oito) mil processos, e mais de 500 (quinhentos) réus presos, englobando os provisórios da Vara do Júri, em cumprimento de pena". 9. Destarte, não há excesso de prazo, visto que não se observa letargia do Poder Público em dar andamento ao feito, mas a existência de diversos processos, questionados por meio dos mais diversos modos processuais pela defesa (conforme consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem), em atuação legítima, mas que tem como consequência a extensão da conclusão processual. Evidencia-se, portanto, a ausência indolência por parte do Poder Público em dar andamento ao feito, o qual possui marcha mais amena devido as contingências que o cerca. Ademais, por diversas vezes, a audiência de instrução e julgamento foi remarcada, em virtude de fatos atribuídos tanto à acusação quanto à defesa. 10. Quanto ao argumento de que não houve avaliação da prova pré-constituída de que o acusado não se encontrava, ao tempo do crime, no local do fato, tal assertiva não merece prosperar. Em verdade, a aludida alegação se refere ao mérito da ação penal e não cabe ser questionada na via

estreita do habeas corpus, tendo em vista a necessidade de dilação probatória. 11. Recurso ordinário em habeas corpus não conhecido. (RHC n. 62.892/BA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/4/2019, DJe de 9/4/2019.)

Além disso, membros do Ministério Público e outros cidadãos têm legitimidade para impetrar habeas corpus, embora juízes e delegados, em funções específicas, não possam fazê-lo.

De fato, delegados de polícia e juízes, enquanto no exercício de suas funções institucionais, não possuem legitimidade para impetrar habeas corpus em favor de terceiros. Isso se deve ao papel do delegado de reunir evidências para a ação penal e ao dever do juiz de manter a imparcialidade ao julgar. Contudo, eles podem impetrar habeas corpus como cidadãos individuais, como pessoas físicas. Além disso, juízes têm a capacidade de conceder habeas corpus de ofício, sem provocação, se identificarem ilegalidade ou abuso de poder durante um processo, conforme o art. 654, § 2º, do CPP. Esta possibilidade é frequentemente reiterada em decisões judiciais, como demonstrado pelo STJ no HC 45.389/SP. [702]

O Ministério Público, igualmente, pode impetrar habeas corpus em favor de outrem, pois nada o impede. Afinal, mesmo quando parte, atua o promotor de justiça como espécie de "parte imparcial", não podendo comungar de situações que importem em constrangimento ilegal ao investigado, indiciado ou réu. Note-se que a própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), no art. 32, I, prevê, expressamente, que compete aos promotores de justiça a impetração do habeas corpus. No mesmo sentido, o Código de Processo Penal, incorporando, no art. 654, a possibilidade de impetração pelo Ministério Público. E também, a posição dos Tribunais Superiores compreendendo que "o Ministério Público detém legitimidade para impetrar habeas corpus em benefício de réu, porque, nesse remédio constitucional, há uma espécie de mandato universal" (STJ, HC 103.335/RJ, DJ 03.08.2009). [703]

Não se requer, ainda, "capacidade civil, podendo, em tese, a petição ser subscrita por insano mental e até por indivíduo menor, ainda que não assistidos. Por óbvio, nestes casos é de se observar a hipótese concreta", observando a razoabilidade. "Perceba-se que,

desde que alguém assine a seu rogo, o próprio analfabeto pode ser impetrante (art. 654, § 1.º, "c", do CPP)".[704]

A pessoa jurídica não pode ser paciente de habeas corpus, pois este remédio protege a liberdade de locomoção, uma aplicabilidade incompatível com pessoas jurídicas, que não possuem liberdade de locomoção. Contudo, pode-se usar mandado de segurança em situações onde uma ação penal seja injustamente instaurada contra uma pessoa jurídica (art. 5º, LXIX, da Constituição Federal).[705]

O habeas corpus coletivo também é possível, antes com anuência da jurisprudência, atualmente com disposição legal (art. 647-A do CPP), frise-se que tal instrumento é extremamente importante para proteger grupos vulneráveis, refletindo a necessidade de adaptação às realidades do sistema carcerário brasileiro.

15.5.2 Tramitação da HC na primeira instância

A tramitação em primeira instância do habeas corpus é desenvolvida em fase postulatória e decisória. O paciente apresenta a petição de habeas corpus sob os requisitos estabelecidos em lei (art. 654, §1º do CPP), identificando o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o impetrado que exerce tais ações de constrangimento.

A impetração anônima não é admitida, tendo em vista a possibilidade da ordem concedida de ofício pelo juiz. Na ocasião do impetrado ser funcionário público, o qual a menção de seu cargo supre o requisito de declaração de nome do impetrado. Outro ponto advindo de decisão pelo STF no HC 169.728/2019, que diz respeito a tolerância ao "erro na indicação da autoridade coatora, tendo em vista a grandeza do direito tutelado"[706].

> *Agravo regimental no habeas corpus. 2. Erro material na decisão agravada. Equívoco ao apontar como coator Ministro Relator. Pronunciamento colegiado do STJ. Afastamento da supressão que não altera o resultado do julgamento. Mérito*

devidamente apreciado. 3. Agravo não conhecido, mas determina reautuação para alterar a indicação de autoridade coatora.
(HC 169728 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23-08-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 02-09-2019 PUBLIC 03-09-2019)

A petição de HC requer em seu bojo a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor. O impetrante deve atribuir ao impetrado a prática do ato concreto, a fim de apontar o real ou potencial cerceamento de sua liberdade por abuso de poder ou ilegalidade ao juízo. Ademais, se faz requisito a necessidade da assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

O juízo poderá ao receber a petição conceder liminar, fazendo cessar de momento imediato a coação. Conquanto a legislação não preveja expressamente acerca da concessão de liminar na ação de habeas corpus, a jurisprudência admite com a presença dos requisitos cautelares do *fumus boni iuris* e *do periculum in mora*, preservando a urgência que respalda o caráter da liminar impetrada no mandado de segurança[707].

O art. 660, §2º preceitua para o caso da ilegalidade da coação restar identificada através dos documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.

Dessarte, conforme apreciado no texto legal mencionado, a liminar serve como uma medida preventiva para evitar a restrição indevida da liberdade do impetrante, posto à sua rapidez e eficácia. Diferente disto, não faria sentido o judiciário poder conceder um *habeas corpus ex officio* e, concomitantemente, ser impedido de conceder a medida liminar.

No âmbito jurídico, ao deferir um habeas corpus, o juiz pode determinar que o paciente preso seja imediatamente apresentado em uma data e hora específicas. A não obediência a essa ordem pode resultar em punição ao detentor (responsável pela custódia) do paciente, incluindo a possibilidade de incorrer no crime de desobediência, como dispõe o art. 330 do CP.

Contudo, existem exceções à obrigatoriedade a esta apresentação (art. 657 do CPP, incisos I ao III): se o paciente estiver gravemente enfermo, não estiver sob a guarda do detentor indicado ou caso o juiz ou tribunal não tiver exigido sua presença. Na prática jurídica, essa medida de apresentação está em desuso, tendo em vista aos altos custos e à demora do procedimento, sendo, pois, frequentemente substituída pela requisição de informações que sejam mais imediatas e menos onerosas[708].

A requisição de informações da autoridade coatora, que tem o dever legal de fornecê-las, é possível no tramite de primeiro grau pelo juízo (art. 662 do CPP). Embora a lei exprima essa prestação de informações especificamente para casos de competência originária do tribunal (art. 661 do CPP), a aplicação resta para todas as situações em que o habeas corpus é cabível. Contudo, o entendimento não é unificado, parte da doutrina jurídica argumenta que a requisição de informações deve ser limitada apenas ao juízo de primeiro grau, não se estendendo aos tribunais superiores.

Pontua-se a importância em observar as informações fornecidas pela autoridade coatora, estas que necessitam estar acompanhadas de provas documentais que demonstrem a veracidade dos esclarecimentos e, consequentemente, a legalidade da prisão. Em caso de conflito entre as razões apresentadas pelo impetrante e as informações prestadas, logo, na ausência de elementos comprobatórios da primeira (impetrante), presume-se, pois, a

veracidade das informações fornecidas pela autoridade coatora, especialmente as emanadas de autoridade pública.

Na situação do habeas corpus estar instruído com cópia integral dos autos, o tribunal poderá vir a dispensar o pedido de informações à autoridade coatora. A intervenção do Ministério Público não ocorre no processo de habeas corpus em primeira instância, salvo para casos em que for o impetrante ou a autoridade coatora. No entanto, o *Parquet* exerce o papel fundamental de custos legis, sendo relevante sua intimação, embora a jurisprudência entenda que a falta de intimação não causa nulidade do processo uma vez que na legislação brasileira não há previsão da exigência de manifestação do Ministério Público.

Realizado as diligências e o interrogatório do paciente, o juiz deve decidir o habeas corpus, fundamentadamente, no prazo de 24 horas. Na prática, em verdade não há apresentação e interrogatório do paciente, mas sim a requisição de informações à autoridade coatora. A decisão é proferida obrigatoriamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF; art. 381 do CPP).

A sequência tem por fim em que julgado o mérito do pedido e concedida a ordem para cessar a violência ou ameaça por ilegalidade ou abuso de poder, o juiz em sua jurisdição, determinará a imediata expedição do alvará de soltura ou do salvo-conduto. E na hipótese de mandado de prisão pendente, será expedido um contramandado de prisão. Qualquer ato que obstrua a execução do habeas corpus, constituído por ação de funcionário público será passível de punição por multa pelo Poder Judiciário (art. 655 do CPP), além da responsabilidade criminal do servidor.

15.5.3 Tramitação do HC na segunda instância

A tramitação em segunda instância, compõe-se em casos em que o habeas corpus é de competência originária do tribunal, na forma que a petição deve ser apresentada ao secretário, este que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, da câmara ou da turma que estiver reunida ou que primeiramente vier a se reunir (art. 661 do CPP). Destarte, o procedimento se sucede neste molde para assegura a celeridade e a eficiência na apreciação da petição, garantindo que a questão seja tratada com a urgência necessária.

A petição contendo os requisitos legais, o presidente poderá requisitar informações por escrito da autoridade indicada como coatora (art. 662, CPP) ou até mesmo os autos principais do processo em que o paciente é réu, considerando que tal não interfira no andamento do processo. Caso a petição não atenda aos requisitos, o presidente pode determinar que sejam preenchidos (art. 662, CPP) ou, se considerar conveniente, pode indeferir in limine a ordem impetrada, submetendo a petição para que seja feita deliberação pelo tribunal, câmara ou turma (art. 663, CPP).

Após o recebimento das informações ou sua dispensa, o habeas corpus será julgado na primeira sessão disponível, podendo, entretanto, ser adiado para a sessão seguinte (art. 663, CPP). Embora não esteja expressamente previsto na legislação vigente, é prática geral abrir vista ao Ministério Público para que este se manifeste no prazo de dois dias após o recebimento das informações prestadas pela autoridade coatora (Decreto-lei n. 552/69, artigo 1º e § 2º)[709].

O pedido será considerado prejudicado, se o juiz ou tribunal verificar que a violência ou coação ilegal já cessou, seja porque o constrangimento ilegal foi interrompido, ou caso se observe que nunca houve constrição ilegítima da liberdade física do paciente (art. 659, CPP). Esta possibilidade é frequentemente reiterada em

decisões judiciais, como demonstrado pelo STJ no AgRg no RHC 661.145/2021[710]. A cessação do constrangimento não afasta da autoridade coatora a sua eventual responsabilização criminal. A exemplo, se houver a constituição de um novo título que há de legitimar a prisão, como a superveniência de uma sentença condenatória, a ordem impetrada será prejudicada.

A decisão do habeas corpus será tomada por maioria de votos, havendo empate, prevalecerá o voto de desempate do presidente que não participou da votação inicial ou, alternativamente, a decisão mais favorável ao paciente (art. 664, parágrafo único, CPP).

Nos casos de habeas corpus liberatório, especialmente quando o paciente estiver preso em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será expedido pelo telégrafo, se houver, ou por via postal (art. 660, §6º, CPP), desde que sejam observadas as cautelas necessárias para autenticação da assinatura do juiz ou presidente do tribunal (art. 665, caput, CPP), e a observação da Lei n. 9.800/99, que autoriza o uso de sistemas de transmissão de dados e imagens.

15.6 Limites e Efeitos da Concessão de Habeas Corpus

O habeas corpus é um instrumento jurídico destinado ao manejo exclusivo à proteção da liberdade de locomoção. Isso significa que seu âmbito de aplicação se restará configurado a restrição a situações em que há ameaça real, potencial ou violação da liberdade física de uma pessoa, não sendo aplicável a outras questões jurídicas, como patrimoniais, trabalhistas ou administrativas. Elucida em sua lição Nucci:

> *Por ameaça potencial estamos nos referindo ao simples início de qualquer atividade persecutória que tenha por objeto a apuração de fato imputado ou imputável à pessoa individualizada. Nesse sentido, a simples instauração de inquérito policial ou de procedimento investigatório será suficiente para configurar situação de ameaça potencial à liberdade de locomoção, quando dirigida a fato certo e a pessoa*

> *previamente determinada, e desde que, para a conduta, seja prevista imposição de pena privativa da liberdade.*[711]

Destarte, como um remédio constitucional visa garantir que ninguém seja mantido em prisão ou detenção ilegal, assegurando um meio rápido e eficaz de defesa contra abusos de poder por parte das autoridades judiciarias.

Conquanto seja um procedimento relativamente elementar e de tramitação célere, o habeas corpus não é adequado para a análise de questões que demandem ampla dilação probatória. Situações que exigem produção extensa de provas devem, portanto, serem tratadas por meio de outros instrumentos processuais mais apropriados, como ações ordinárias ou recursos específicos. O habeas corpus se limita a casos em que a violação da liberdade de locomoção é clara, evidente ou potencial, dispensando a necessidade de investigações aprofundadas ou complexas.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal editou três importantes súmulas a respeito:

> *Súmula nº 693: Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.*
> *Súmula nº 694: Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.*
> *Súmula nº 695: Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa da liberdade.*

A natureza do habeas corpus é subsidiária, sendo utilizado apenas quando não há outro meio eficaz para que seja feito a proteção da liberdade de locomoção. A formalidade do habeas corpus resta na noção da petição inicial dever conter os elementos mínimos necessários para a compreensão do pedido, como a descrição clara dos fatos e os fundamentos jurídicos que sustentam a alegação de ilegalidade sofrida pelo impetrante. Além disso, a concessão de habeas corpus está amparada no respeito aos limites

de competência dos órgãos judiciais, não podendo interferir em decisões que são de competência exclusiva de tribunais superiores.

Os efeitos do habeas corpus, compreendem que a concessão deste não impede o prosseguimento do processo penal, exceto para os casos em que resulta no trancamento da ação penal. Desta maneira, mesmo após a concessão do habeas corpus, se não for determinada a extinção do processo, as demais fases processuais continuarão normalmente (art. 651, CPP).

Quando o habeas corpus é concedido devido à nulidade do processo, este deverá ser reiniciado. O artigo 652 do CPP estabelece que, se for identificada uma irregularidade processual que comprometa a validade do processo, todos os atos processuais serão anulados e reiniciados, a fim de garantir o devido processo legal e assegurar os direitos do acusado. Essa medida busca corrigir qualquer vício que possa ter prejudicado a defesa ou o andamento justo do processo penal.

Se a ordem for concedida estando o paciente estiver preso, ele deverá ser imediatamente posto em liberdade, a menos que haja outro motivo legal para sua manutenção em custódia (art. 660, § 1º, do CPP). Nos casos de habeas corpus preventivo, será emitido um salvo-conduto assinado pelo juiz para evitar uma prisão iminente (art. 660, § 4º, do CPP) garantindo que o paciente não seja detido indevidamente.

Ademais, por aplicação analógica da regra do art. 580 do CPP, em casos de concurso de agentes, a concessão do habeas corpus a um dos réus pode beneficiar os demais que estejam na mesma condição, fator que está ligado essencialmente a não exclusividade de aplicação por motivos de caráter pessoal. Esse entendimento é justificado pela possibilidade de juízes ou tribunais concederem a

ordem de ofício, ampliando os efeitos benéficos da decisão para todos que compartilhem das mesmas circunstâncias jurídicas.

15.7 Habeas Corpus Sucessivos

O habeas corpus é uma ferramenta legal importante para proteger a liberdade individual, mas seu uso deve respeitar a hierarquia e competência dos tribunais, segundo entendimento jurisprudencial majoritário.

Assim, de acordo com jurisprudência dos tribunais, não é apropriado utilizar o habeas corpus para contornar decisões negativas de tribunais inferiores, especialmente quando já houve duas negativas consecutivas. Isso porque tal prática contraria princípios processuais essenciais, como a hierarquia dos graus de jurisdição e a competência definida pelo ordenamento jurídico, configurando-se em "habeas corpus sucessivos".[712]

Um exemplo clássico deste princípio foi afirmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no caso HC 76.347/MS, relatado pelo Ministro Moreira Alves em 25 de novembro de 1997. Nesta decisão, o STF ressaltou que não se deve conceder uma liminar que substitua duas denegações sucessivas por tribunais inferiores, uma vez que isso violaria os princípios mencionados.[713]

No entanto, há situações excepcionais onde o uso do habeas corpus pode ser considerado mesmo contra decisões de tribunais inferiores, como demonstra um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). No HC 3.202-0/MT, julgado pela 5ª Turma e relatado pelo Ministro Jesus Costa Lima em 8 de fevereiro de 1995, o STJ reconheceu a possibilidade de conhecer um habeas corpus contra a decisão de um desembargador que indeferiu uma liminar em outro *writ*, desde que a ilegalidade do ato seja evidente.[714]

Esses casos ilustram a delicada balança entre respeitar a estrutura do sistema judiciário e garantir a proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos. Portanto, o habeas corpus serve como um instrumento de proteção, mas seu uso deve sempre considerar a ordem judicial instituída e só deve ser invocado em situações de clara ilegalidade.[715]

16.8 Petição Inicial da Ação de HC

A petição inicial deve atender aos requisitos estabelecidos nos Artigos 287 e 319 do CPC, nomeando o local onde o paciente se encontra e apresentando provas da ameaça iminente ao seu direito de locomoção ou de restrição ao direito de ir e vir.

> *Art. 287. A petição inicial deve vir acompanhada de procuração, que conterá os endereços do advogado, eletrônico e não eletrônico.*
> *[...]*
> *Art. 319. A petição inicial indicará:*
> *I - o juízo a que é dirigida;*
> *II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;*
> *III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;*
> *IV - o pedido com as suas especificações;*
> *V - o valor da causa;*
> *VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;*
> *VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.*

No caso da petição de HC deverá constar o endereçamento, o qual irá depender de quem seja a autoridade coatora – quem perpetrou a coação ilegal que limitou a liberdade de locomoção do paciente. Assim, se a autoridade coatora for um delegado de polícia, o endereçamento é para o juiz de primeira instância, com a competência local da autoridade coatora. Se o coator for um juiz de primeiro grau, o HC deve ser impetrado no tribunal a que o juiz tiver como órgão superior hierárquico, ou seja, TJ, TRF, TRE etc.

Após o endereçamento da peça, há a necessidade de indicar o impetrante, o qual na prática forense é o defensor – advogado ou defensor público – mas que pode ser qualquer pessoa e até mesmo o próprio paciente. Após, necessário identificar o paciente, que é quem está sofrendo lesão ou ameaça de lesão ao seu direito de ir e vir. Por fim, necessário indicar a autoridade coatora e o órgão (se houver) a que ela está vinculada.

Assim, nesta parte da peça inicial estará a legitimidade ativa para impetrar habeas corpus (HC), a qual pertence a qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, e não requer a representação por advogado ou defensor público.

Qualquer pessoa pode impetrar HC em favor de um terceiro – pessoa natural ou jurídica –, denominado paciente, que deve ser uma pessoa natural, já que o direito à liberdade de locomoção é exclusivo da pessoa física. A legitimidade passiva, ou seja, a do coator, refere-se àquele que restringe ou ameaça a liberdade de locomoção do paciente. O coator geralmente é uma autoridade pública, como um policial ou juiz, mas também pode ser um particular, como em casos de internação forçada originada por alguém da família.

Após, o peticionante irá narrar os fatos demonstrando a relação das partes qualificadas na inicial, especialmente paciente e autoridade coatora, demonstrando que os fatos se emolduram em algumas nos termos dos arts. 647 e 648 do CPP.

Posteriormente a narrativa dos fatos o impetrante deverá narrar o direito, fundamentando a competência para julgamento do HC, quais normas estão sendo violadas, assim como os princípios atacados pelo ato coator ou abuso de poder.

Ainda no tópico relativo ao direito, o impetrante deve fundamentar a necessidade – se entender que é o caso – da

concessão de liminar em HC. Embora não haja previsão legal expressa para concessão de liminar, a jurisprudência e a doutrina aceitam sua possibilidade, desde que estejam presentes os requisitos cautelares: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, os quais devem ser demonstrados diante da situação concreta.

Ao terminar este tópico, o impetrante passará aos pedidos, quais sejam: a) o recebimento e o processamento do writ a concessão da liminar e a procedência do HC; b) a intimação do MP ou da procuradoria de justiça a depender da situação concreta; c) a requisição de informações à autoridade coatora; d) a juntada de documentos que ajudem a comprovar o ato coator, lembrando que o HC não admite dilação probatória.

No caso de haver liminar, deverá ter pedido para que ela seja concedida a fim de emitir alvará de soltura, concedendo a liberdade provisória ao paciente, isto na hipótese de HC repressivo em que o paciente já se encontra preso. Ou a emissão de salvo conduto, na conjectura em que o paciente está solto, mas na iminência de ter sua liberdade restringida.

Depois do pedido de liminar, o pedido é para que seja a liminar confirmada, julgando procedente o HC. Se o HC é impetrado como ação impugnativa de decisões judiciais, o pedido deve ser adequado a fim de que ocorra a reforma da decisão.

Por derradeiro, o HC deve ter o local, data e assinatura do impetrante.

A peça deve ser protocolizada conforme as normas de organização judiciária de cada tribunal. Importante recordar que o *writ* é isento de custas processuais, o que ocorre para facilitar o acesso à justiça.

16.9 Recursos das decisões proferidas em HC

Os recursos das decisões de habeas corpus variam de acordo com a instância em que são proferidas. Quando decidido por um juiz de primeiro grau, o recurso cabível é o recurso em sentido estrito, conforme o art. 581, X, do CPP. Também é cabível o recurso de oficio, no caso de concessão de HC, com fulcro no art. 574, I do CPP, na hipótese, conforme se verá posteriormente, não se trata de um recurso no sentido técnico do termo, mas de uma condição de validade da decisão.

No caso de decisão proferida por um tribunal, cabe recurso ordinário constitucional, com base nos arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal (CF).

Historicamente, era possível impetrar habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional, mas o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm limitado essa prática, não admitindo mais o uso de habeas corpus como substitutivo de outros recursos adequados, exceto em casos excepcionais de flagrante ilegalidade que cause constrangimento ilegal, onde a concessão de ordem de ofício pode ser justificada.[716]

Apesar dessas restrições, o habeas corpus ainda pode ser usado em paralelo a recursos regulares quando está diametralmente conexo à liberdade de locomoção, ou também quando a questão compromete indiretamente essa liberdade. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que não cabe habeas corpus em face de atos de seus ministros, turma ou plenário, a não ser que ocorra flagrante ilegalidade ou abuso de poder, de acordo com a decisão no HC 137613 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, DJe 16.05.2017. [717]

Outra relevante discussão é atinente a saber se é cabível recurso especial (RESP) ou recurso extraordinário (RE) em face de decisão concessiva de HC. Tradicionalmente, o habeas corpus é um remédio constitucional destinado a proteger a liberdade contra abusos do

Estado, sendo um instrumento exclusivo da defesa, e o MP atua como custos legis (fiscal da lei).

O STF e o STJ têm conhecido, em algumas circunstâncias, a legitimidade do MP para recorrer, como na ementa a seguir transcrita:

> *AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL CONTRA ACÓRDÃO CONCESSIVO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS. CABIMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL APRESENTADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a decisão concessiva de habeas corpus é passível de ser impugnada por meio de recurso especial, como feito pelo Parquet.*
> *2. A pretensão recursal fundada na alínea "c" do permissivo constitucional foi conhecida devidamente, uma vez que houve a demonstração do dissídio jurisprudencial nos termos em que exigido pela legislação processual de regência (art. 1.029, § 1º, do CPC, c/c o art. 255, § 1º, do RISTJ).*
> *3. Agravo regimental não provido.*
> *(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.455.714/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe de 14/2/2020.)*

Todavia, há resistência a essa ideia, como argumentado por Lenio Streck, para quem, com base no argumento de que o habeas corpus visa sempre à liberdade e não deveria ser empregado para correções de erros a favor do Estado. A decisão concessiva de HC, por sua natureza, não deve ensejar RE ou RESP, sendo parte do "risco democrático" aceitar decisões a favor da liberdade sem que o Estado possa recorrer. O debate destaca a complexidade do direito e a necessidade de se preservar a essência protetiva do habeas corpus.[718]

---

672 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 433.

673 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 433.

674 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 433.

675 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-16.1

676 NORONHA, E. Magalhães. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999; GUSMÃO, Sady Cardoso de. **Código de processo penal**: breves anotações. Rio de Janeiro, Livr. Jacintho, 1942.

677 MIRANDA, Pontes. **História e pratica do habeas-corpus**: direito constitucional e processual comparado. 4 ed. Corrigida e melhorada. Imprenta: Rio de Janeiro, Borsoi, 1962.

678 CÂMARA, Edson de Arruda. O habeas corpus e o interdictum de homine libero exhibendo. **Revista de informação legislativa**, v. 23, n. 92, p. 291-316, out./dez. 1986

679 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 11

680 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 3

681 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Vol IV. Campinas: Bookseller, 1997, p. 373.

682 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2013

683 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 20.

684 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo Saraiva, 2003, p. 54.

685 BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**, RJ, v. XIX, 1892, t. III, MEC, 1956, p. 355-361

686 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024

687 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024

688 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024

689 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 643

690 MIRANDA, Pontes. **História e pratica do habeas-corpus**: direito constitucional e processual comparado. 4 ed. Corrigida e melhorada. Imprenta: Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, citado por NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 643

691 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 643

692 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 643

693 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 643

694 ZAGO, Marcelo, ROLIM, Flávio, CURY, Nafêz Imamy. **Processo penal decifrado.** Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 666.

695 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024, p. 438

696 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2024

697 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023

698 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023,p. 644.

699 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 646.

700 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 647.

701 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 648.

702 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

703 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1274.

704 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1274.

705 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023

706 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 440.

707 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 441.

708 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 441.

709 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 441.

710 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 442.

711 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1.275.

712 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

713 Exemplos jurisprudenciais retirados de: CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

714 Exemplos jurisprudenciais retirados de: CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

715 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

716 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

717 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

718 STRECK, Lenio. Cabe Recurso Especial contra Habeas Corpus concedido? Redação Conjur. **Consultor Jurídico**. 8 de abril de 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-abr-08/streck-cabe-recurso-especial-habeas-corpus-concedido/ Acesso em 10 de abril de 2024.

16 DOS PROCEDIMENTOS EM ESPÉCIE

O procedimento no âmbito do processo penal brasileiro, tem como norma norteadora o Código de Processo Penal (CPP). Assim, o CPP dispõe que o procedimento será comum ou especial, conforme estabelecido pelo artigo 394.

O procedimento comum é considerado o rito modelo ou padrão, aplicado de forma residual, melhor dizendo, subsidiária, quando não existirem especificações em legislações especiais.

O rito comum é dividido em ordinário, sumário e sumaríssimo, baseado principalmente na gravidade da pena abstrata prevista para o crime. O procedimento comum ordinário abrange crimes cuja pena máxima abstrata é igual ou superior a quatro anos, enquanto o procedimento comum sumário é destinado a crimes com penas inferiores a quatro anos. Por outro lado, o procedimento comum sumaríssimo é reservado para infrações de menor potencial ofensivo, tratadas pelos Juizados Especiais Criminais, assim consideradas as contravenções penais e aqueles crimes cujas penas não ultrapassem a dois anos.

Em contrapartida, o procedimento especial é aquele delineado para casos que requerem tratamento diferenciado, estabelecido pelo próprio CPP, como é o caso do Tribunal do Júri, ou por legislações específicas, e é aplicado seguindo o princípio da especialidade.

Dentre os exemplos mais notáveis de procedimento especial estão os processos relacionados a crimes de responsabilidade de servidores públicos, crimes contra a honra, procedimentos que envolvem o Tribunal do Júri, e casos regidos pela Lei de Drogas e pela legislação sobre crimes de competência originária dos tribunais.

Algumas legislações especiais, que visam proteger grupos vulneráveis, como o Estatuto da Pessoa Idosa, a Lei Maria da Penha, especificam que, mesmo quando processados pelo procedimento comum, certos casos devem seguir regras específicas. Isso evidencia a flexibilidade e adaptabilidade do sistema jurídico para abordar a complexidade e a diversidade dos delitos.

O CPP também estipula que as disposições dos artigos 395 a 398 aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, o que inclui tanto os procedimentos comuns quanto os especiais.

No entanto, esta aplicação não é absoluta. Conforme discutido pelo jurista Norberto Avena, podem surgir conflitos entre as regras processuais gerais e as especificidades dos diferentes crimes existentes no direito penal, o que demanda uma análise cuidadosa para garantir que as normas aplicadas sejam adequadas ao contexto específico de cada caso. A flexibilidade e a precisão na aplicação das normas processuais são essenciais para a administração da justiça, garantindo que cada caso seja tratado de maneira justa e eficiente de acordo com suas particularidades.[719]

Assim, o capítulo que é iniciado, tratará dos procedimentos em espécie, apontando os ritos e suas principais características.

16.1 Processo: Noções Gerais e Conceito

O processo penal é a ferramenta utilizada pelo Estado para aplicar a sanção penal ao indivíduo acusado de cometer um delito. Ou seja, é um instrumento da jurisdição que possibilita a aplicação da lei penal no caso concreto, no mundo dos fatos. A titularidade da ação penal é detida pelo próprio Estado, por meio Ministério Público (ressalvadas a ação penal privada e ação penal subsidiária da pública).

Já o procedimento também denominado de rito processual. Se expõe como a sequência de atos processuais, encadeados de forma lógica, com a finalidade de alcançar uma sentença[720] (não necessariamente de mérito e condenatória).

Portanto, o procedimento é a forma e o ritmo, a sequência da atos encadeados logicamente, dado à sucessão dos atos que perquirem a sentença (tutela jurisdicional). "Pode ser considerado comum ou especial, como será visto oportunamente, representando um movimento mais célere ou mais lento do processo, ou seja, espelha a maneira pela qual se dará o desenvolvimento do processo."[721]

Neste sentido, o processo compreende elementos como: a) instrumento de jurisdição; b) meio de aplicação da lei penal.

Tais conceitos fundamentam a entendimento e a prática no domínio do direito penal, enfatizando a importância da apropriada aplicação e distinção entre processo e procedimento. Discussões que serão tratadas no decorrer deste capítulo.

16.1.1 Natureza Jurídica do Processo

O processo penal é entendido, na doutrina contemporânea, como uma situação jurídica complexa, em que se desdobram diversas dinâmicas que transcendem a simples relação jurídica.

De fato, "processo é conceito que transcende ao Direito Processual. Trata-se de instrumento para o legítimo exercício do poder estatal". No entanto, importante mencionar que existe o "processo estatal não jurisdicional (administrativo e legislativo) e processo não estatal (por exemplo, processo disciplinar em clubes esportivos)".[722]

A evolução das teorias do processo demonstra uma importante transformação teórica, primeiramente o processo era como um

contrato voluntário na Roma antiga, por meio do qual as partes aceitavam as decisões sem cominação estatal. A moderna compreensão jurídica processual, sistematizada por Bülow em 1868, expõe o processo como uma relação jurídica complexa e progressiva, envolvendo juiz, autor e réu. Essa teoria destaca a relação triangular entre as partes e o juiz, apontando o processo como uma relação de direito público que evolui de forma progressiva e unitária.[723]

Bülow criticou a visão antecedente que reduzia o processo apenas ao seu aspecto procedimental externo, propondo uma visão interna centrada na relação jurídica processual. Tal compreensão foi em seguida adaptada para o processo penal, enfatizando a posição do acusado não meramente como objeto, como ocorria no sistema inquisitivo, mas, também, como sujeito de direitos, estabelecendo a teoria como uma proteção contra abusos do poder estatal.[724]

No entanto, essa teoria foi questionada por Goldschmidt, que propôs que o processo é melhor percebido como uma série de situações jurídicas, implicando tanto vantagens quanto desvantagens para as partes processuais.

As contribuições de James Goldschmidt, portanto, que propôs o conceito do processo penal não como uma mera relação de direitos e obrigações entre as partes, mas como um conjunto de situações jurídicas. Essas situações permitem que as partes aspirem a uma sentença definitiva, operando dentro de um sistema que é intrinsecamente garantidor dos direitos fundamentais do acusado.[725]

Goldschmidt critica a visão tradicional que enquadra o processo como uma relação jurídica, similar às relações privadas, ressaltando que tal abordagem não captura a essência garantidora e pública do processo penal. Ele insere a ideia de que o processo cria um ambiente de expectativas legais e obrigações, no qual o juiz

desempenha um papel central na aplicação dinâmica da lei. Isto se reflete na responsabilidade do Estado em administrar a justiça de maneira imparcial, com o juiz exercendo jurisdição como uma obrigação perante os cidadãos e o próprio Estado.[726]

Este entendimento é nevrálgico, pois realça a função do processo penal como um mecanismo/instrumento de controle da ação punitiva do Estado, assegurando que nenhuma pena seja aplicada sem uma sentença condenatória transitada em julgado e em um processo que respeite o devido processo legal. Essa visão é reforçada pelo princípio da presunção de inocência, o qual coloca o ônus da prova nas mãos da acusação, garantindo ao acusado o direito ao silêncio e à defesa.

Portanto, a natureza jurídica do processo penal, a partir de Goldschmidt pode ser melhor compreendida como um complexo de situações jurídicas que regulam a administração da justiça penal, englobando direitos e obrigações processuais que são dinâmicos e intrinsecamente ligados à aplicação e ao respeito aos direitos humanos fundamentais. Esta abordagem é essencial para um entendimento moderno e democrático do direito processual penal, afastando-se de concepções mais antigas que limitavam sua análise à mera formalidade de uma relação jurídica.

No entanto, "a teoria do processo como situação jurídica processual não alcançou a projeção que teve a teoria da relação jurídica processual, tendo esta última se tornado predominante".[727]

Assim, a natureza jurídica do processo penal é frequentemente explicada por meio da teoria do processo como procedimento mais a da relação jurídica processual. Esta compreensão é resultado de uma síntese entre duas visões historicamente opostas: uma que considerava o processo apenas como um procedimento (uma sequência de atos externos e formais) e outra que o entendia

exclusivamente como uma relação jurídica processual (conjunto de direitos, poderes, deveres e ônus).[728]

Neste sentido, Dinamarco leciona que o processo é tanto o procedimento — o aspecto externo constituído por atos interligados que visam produzir uma decisão justa — quanto pela relação jurídica processual — o aspecto interno que abarca todas as posições jurídicas ativas e passivas das partes processuais. De tal modo, o processo é um ente complexo que conglomera esses dois elementos fundamentais, funcionando de maneira integrada, na qual cada posição jurídica leva à realização de um ato processual, e cada ato processual, por sua vez, cria uma nova posição jurídica, chegando na sentença final. "O processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma entidade complexa, integrada por esses dois elementos associados – procedimento e relação jurídica processual".[729]

Explica Badaró que na "doutrina pátria goza também de grande prestígio a concepção de processo formulada por Elio Fazzalari[730], que conceitua processo como procedimento em contraditório". Tal entendimento envolve a ideia de contraditório, no qual a participação equilibrada das partes é imprescindível para o processo. O contraditório não é apenas uma série de atos, mas uma interação que deve ser simétrica e equilibrada, permitindo que os sujeitos tenham a capacidade de controlar e responder ações ao longo do processo de maneira equitativa. Ademais, a relação processual, enquanto conjunto de posições jurídicas, ajuda a definir a estrutura do processo, mas não dita sua sequência. Essa sequência é determinada pelo procedimento, que segue uma ordem imposta pela lei, que diz qual ato deve ser realizado, levando à sentença final. [731]

Essa concepção foi amplamente aceita e valorizada na doutrina, especialmente porque reconcilia a participação processual dos sujeitos (contraditório) com a estrutura formal (procedimento e relação jurídica processual). Tais teorias sublinham que, embora o procedimento possa existir sem constituir um processo, um verdadeiro processo judicial deve necessariamente incluir ambos os elementos para garantir a justiça e a equidade nas interações judiciais.

Badaró enfatiza que "independentemente do conceito que se adote, a partir das teorias sobre o processo acima expostas, é clara a dificuldade de distinguir o processo do procedimento".[732]

Esclarece, ainda, o autor mencionado no parágrafo anterior que o "procedimento em si deve ser entendido como uma sequência de atos predeterminada por lei, segundo a qual, a partir do ato inicial, cada ato tem como causa o ato antecedente, e provoca a prática do posterior", assim se desenvolvendo consecutivamente, até o ato derradeiro que lhe dá unidade.[733]

Todavia, "nas duas teorias sobre a natureza de processo, mais utilizadas pela doutrina – processo como procedimento mais relação jurídica processual; ou processo como procedimento em contraditório" – o procedimento é concebido "como elemento integrante e indissociável do conceito de processo".

A partir dos conceitos expostos, "em tese, podem existir procedimentos que não sejam processos, quer na primeira acepção, porque não sejam regidos por sujeitos que interajam em uma relação jurídica processual", quer em razão de o rito não se desenvolver em contraditório. Nesta linha de raciocínio,"a relação jurídica processual ou o contraditório, que seriam, em uma ou noutra teoria, os elementos que diferenciariam, de um lado, o simples procedimento e de outro, o processo".[734]

16.1.2 Pressupostos processuais

A ação penal ganha viabilidade por meio do processo, que segue um procedimento específico. O processo, portanto, é o instrumento pelo qual se exerce o direito de solicitar ao Poder Judiciário que seja aplicado o direito material ao caso concreto[735]. A estruturação desse instrumento se faz tanto pelo aspecto externo, consistindo na forma de uma sucessão ordenada de atos dirigidos à sentença, quanto pelo aspecto interno, este que envolve as relações jurídicas e os pressupostos necessários para a validade e existência do processo fundamentalmente, que garante, assim, a correta administração da justiça.

Os pressupostos processuais de existência fazem constituir as relações jurídicas antecedentes sem as quais o processo penal não pode existir. Em primeiro momento, deve haver a presença (existência) de um órgão investido de jurisdição penal, capaz de exercer a função judicante do processo. Na sequência, é necessário o objeto do processo, que consiste na demanda ou na causa penal em questão. Por fim, se completa com indispensabilidade da existência das partes que ocupam os polos opostos da relação jurídica sendo o órgão acusador (Ministério Público ou querelante) e o réu (acusado).

Por outro lado, os pressupostos de validade são requisitos cuja ausência impede o curso de desenvolvimento regular do processo e a apreciação do mérito. Quanto ao juiz, relativo aos pressupostos de validade incluem prontamente a competência para julgar a causa e a imparcialidade, fator essencial para garantir um julgamento justo.

No que tange às partes, é indispensável que ambas possuam capacidade de ser parte (capacidade de direito), capacidade processual (capacidade de estar em juízo, compreendo o caso de necessidade de haver ser suprida por representante em casos de

incapacidade), e capacidade postulatória (capacidade de agir judicialmente, geralmente através de advogado).

Além disso, quanto ao objeto do processo nos pressupostos de validade, deve-se assegurar a originalidade da demanda, isto é, a inexistência de impedimentos como litispendência ou coisa julgada, bem como a ausência de irregularidades procedimentais que possam ensejar causa de prejuízo às partes. A falta de qualquer desses pressupostos, em situação que não seja possível ser suprido posteriormente, resulta na nulidade dos atos judiciais, consequentemente comprometendo a validade do processo e a justiça do julgamento[736].

16.2 Diferença entre processo e procedimento

O procedimento, também chamado de rito processual, é a sequência lógica de atos processuais visando alcançar uma sentença, que é o provimento jurisdicional (não necessariamente de mérito e condenatória). Ele representa a forma e o ritmo, a sequência lógica dos atos que levam à sentença (tutela jurisdicional). O procedimento pode ser comum ou especial, refletindo um andamento mais rápido ou mais lento do processo, ou seja, demonstra como o processo se desenvolverá.

De acordo com o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1942):

> *Art. 394. O procedimento será comum ou especial.*
> *§ 1º. O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:*
> *I - Ordinário: Quando o crime tiver sanção máxima de 4 anos ou mais de pena privativa de liberdade;*
> *II - Sumário: Quando o crime tiver sanção máxima inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade;*
> *III - Sumaríssimo: Para infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a lei.*
> *§ 2º. Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.*
> *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*

16.2.1 Tipos de Procedimentos

Assim, o procedimento pode ser comum ou especial. Comum poderá ser ordinário (arts. 394 – 405), sumário (arts. 531-538) e sumaríssimo (Lei n. 9.099/95). O procedimento especial possui previsão tanto no CPP, quanto em legislação extravagante. Em tais casos, o §5°, do art. 394 do CPP, dispõe que a eles serão aplicadas, subsidiariamente, as normas do procedimento comum ordinário.

São exemplos de procedimento especial: o dos crimes contra a honra (arts. 519 a 523); procedimento concernente aos processos de competência do tribunal do júri (arts. 406 a 497); lei de drogas (lei n. 11.343/06).

16.3 Procedimento Comum Ordinário

A Lei n. 11.719/2008 modificou de maneira substancial o procedimento ordinário no CPP, determinando que ele deve ser seguido para crimes com pena máxima igual ou superior a 4 anos. O procedimento será ordinário, "quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade" (art. 394, § 1º, I do CPP).

Antes da alteração de 2008, o rito ordinário era aplicado a crimes puníveis com reclusão, independentemente da pena, atualmente, crimes com pena inferior a 4 anos, mesmo de reclusão, seguem o rito sumário. Em casos de conexão entre crimes, se um deles tiver pena máxima de 4 anos ou mais e o outro inferior a 4 anos, aplica-se o rito ordinário para ambos. Em situações em que dois crimes com penas menores de 4 anos estão conectados, a jurisprudência tende a aplicar o rito ordinário para assegurar maior defesa ao acusado. Quando um dos crimes é doloso contra a vida, o procedimento do Júri prevalece.

A estrutura do procedimento comum ordinário, a partir dos artigos do CPP pode ser sintetizada da seguinte forma:

1. Início do Processo (já houve a coleta de indícios de autoria e prova de materialidade do crime, normalmente por meio do IP, mas pode ter sido através de outros elementos):
   - Oferecimento da denúncia ou queixa. O artigo 41 traz os requisitos da peça inicial: "Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".
2. O processo é distribuído ao juízo competente, o qual dará decisão sobre a Denúncia/Queixa. Há divergências sobre os momentos do recebimento da denúncia, isto será tratado melhor em tópico específico.
   - Rejeitada liminarmente (cabe RESE - Recurso em Sentido Estrito).
   - Recebida, neste caso o procedimento segue os trâmites normais, (Art. 396 do CPP).
3. Citação do Réu:
   - Pessoal, é a regra, deve ser realizada por mandado: art. 351 do CPP.
   - Edital: art. 365 do CPP; neste caso, o processo ficará suspenso nos termos do art. 366 do CPP.
   - Hora Certa: nos termos do art. 362 do CPP.
4. Resposta a Acusação: é o momento em que o réu fará sua defesa, juntará e requisitará documentos e perícias, se necessário.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

- Defesa apresenta resposta à acusação (prazo - 10 dias).
- Alega preliminares, apresenta provas e arrola testemunhas.
- Juiz pode absolver sumariamente neste momento (Art. 397, CPP).

5. Audiência de Instrução e Julgamento:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.
§ 1o As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

- Ouve-se o ofendido (vítima).
- Testemunhas de acusação (até 8 para cada fato).
- Testemunhas de defesa (até 8 para cada fato).
- Peritos (se necessário).
- Acareação (se necessário).
- Reconhecimento (se necessário).
- Interrogatório do acusado.

6. Diligências: Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Momento em que o juiz deferirá ou não as diligências.
   - Necessárias novas diligências.

- Realização da diligência.

7. Alegações Finais

- Alegações finais da acusação (escrita - 5 dias; oral - 20 min.).
- Alegações finais da defesa (escrita - 5 dias; oral - 20 min.).

8. Sentença: art. 381 do CPP

- Finalização do processo com a prolação da sentença.

Este fluxo resume as etapas do procedimento ordinário no processo penal, as questões especificas de cada fase serão tratadas nos tópicos que seguem.

16.3.1 Do juiz das garantias e do juiz da instrução e julgamento: recebimento da denúncia ou queixa-crime

O Pacote Anticrime, consolidado por meio da Lei n. 13.964/2019, trouxe uma série de inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais destaca-se a criação da figura do juiz das garantias, prevista especificamente nos artigos 3º-A a 3º-F do CPP. Veja:

> *Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente*
> *I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal*
> *II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;*
> *III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;*
> *IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;*
> *V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;*
> *VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;*
> *VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;*
> *VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste*

artigo;
IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento
X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
XI - decidir sobre os requerimentos de:
a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
c) busca e apreensão domiciliar;
d) acesso a informações sigilosas;
e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
*XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia;*
XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;
XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;
XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
*XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo.*
§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.
§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Essa nova estrutura do processo penal tem como objetivo primordial desmembrar a jurisdição penal em duas fases bem delineadas e a serem conduzidas por magistrados distintos, promovendo, assim, uma separação mais clara entre a fase investigativa e a fase de julgamento propriamente dita.

Portanto, a função do juiz das garantias concentra-se, exclusivamente, na fase de investigação criminal e controle da legalidade do inquérito policial. Por tal razão, a principal

responsabilidade do juiz nesta fase é fiscalizar a legalidade dos atos praticados durante a investigação, assegurando que os direitos e garantias fundamentais do investigado sejam devidamente preservados. Irá supervisionar atos como interceptações telefônicas, buscas e apreensões, autorizações de prisões preventivas, dentre outras medidas que demandam prévia autorização judicial.

O juiz das garantias funciona, portanto, como um guardião da legalidade do inquérito, resguardando o princípio da imparcialidade na investigação, corroborando com o fortalecimento do sistema acusatório.

O sujeito processual judicante é divido em duas pessoas distintas, o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento. Tal divisão é importante porque impede que o mesmo juiz que conduziu a fase investigativa e autorizou medidas restritivas de direitos, como prisões ou interceptações, seja o responsável por julgar o mérito da causa, o que, em muitos casos, poderia gerar parcialidade, dado o envolvimento prévio do magistrado com o caso.

No momento em que o MP oferece a denúncia ou o ofendido apresenta uma queixa-crime, a atuação do juiz das garantias chega ao fim, eis que a fase preliminar de investigação está findada. Apesar do disposto no art. 3º-C:"a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código", o STF no julgamento das ADIs deu interpretação conforme para dispor que a competência para recebimento da denúncia ou queixa é do juiz da instrução.

A partir desse ponto, que é a fase processual, os atos são conduzidos por um magistrado diferente, ou seja, o juiz de instrução e julgamento. Este novo juiz será o responsável pelo recebimento ou rejeição da denúncia, verificando se estão presentes os requisitos

formais previstos no artigo 395 do CPP, tais como a inépcia manifesta (art. 41 do CPP), justa causa, os pressupostos processuais, e a tipicidade da conduta, para decidir se a ação penal deve ou não prosseguir, ou seja, se a denúncia ou queixa-crime será recebida ou rejeitada.

Com efeito, a separação dessas duas funções judiciais (investigação e julgamento) visa assegurar maior imparcialidade ao processo penal, uma vez que o juiz que se envolveu diretamente na fase investigativa não interferirá na fase de julgamento.

O STF, conforme já mencionado anteriormente, foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade das disposições que tratam do juiz das garantias. No julgamento das ADIs ns. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, a Suprema Corte reconheceu a validade da figura do juiz das garantias, mas fez algumas ressalvas importantes.

A Corte deliberou que a competência do juiz das garantias se encerra com o oferecimento da denúncia, ou seja, ele não tem competência para receber a inicial acusatória, que é ato exclusivo do juiz de instrução e julgamento. Além disso, o STF concluiu que a figura do juiz das garantias não se aplica a determinados tipos de processos, como aqueles de competência originária dos tribunais, os processos do Tribunal do Júri, casos de violência doméstica e familiar, bem como infrações de menor potencial ofensivo, reguladas pela Lei n. 9.099/95. Veja:

> *[...] (c) Ademais, além das infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos juizados especiais, a nova sistemática do juiz das garantias não se compatibiliza com o procedimento especial previsto na Lei 8.038/1990, que trata dos processos de competência originária dos tribunais; com o rito do tribunal do júri; com os casos de violência doméstica e familiar. (d) Por tais motivos, deve ser atribuída interpretação conforme à primeira parte do caput do art. 3º-C do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para esclarecer que as normas relativas ao juiz das garantias não se aplicam às seguintes situações: (1) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; (2) processos de competência do tribunal do júri; (3) casos de violência doméstica e familiar; e (4) infrações penais de menor*

potencial ofensivo. (ADI 6298, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-12-2023 PUBLIC 19-12-2023)

Outro ponto de destaque do julgamento dessas ADIs foi a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º-C, § 3º do CPP, que previa que as provas produzidas durante a fase investigativa, salvo as provas irrepetíveis ou medidas cautelares, deveriam ser mantidas sob a guarda do juiz das garantias e não seriam encaminhadas ao juiz de instrução. O STF entendeu que tal disposição violaria o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois impediria que o juiz da instrução tivesse acesso a todas as provas produzidas até então. Com isso, foi determinado que todas as provas colhidas durante a investigação deverão acompanhar a denúncia e integrar os autos da ação penal.

No que diz respeito à implementação prática do juiz das garantias, o STF estabeleceu um prazo de 12 meses a partir da publicação da ata de julgamento das mencionadas ADIs, ocorrida em 25 de agosto de 2023, para que as providências legislativas e administrativas necessárias sejam tomadas pelos tribunais estaduais, federais e do Distrito Federal. Esse prazo poderá ser prorrogado por mais 12 meses, uma única vez, desde que haja justificativa formalizada junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Portanto, a efetiva implementação do juiz das garantias deverá ocorrer até 26 de agosto de 2024, salvo prorrogação autorizada. Durante esse período de transição, a legislação vigente permanece em vigor, e as funções de supervisão da investigação e julgamento continuam a ser exercidas por um único magistrado, conforme o modelo processual anterior.

O CNJ por meio da Resolução n. 562 de 03/06/2024 instituiu as diretrizes de política judiciária para a estruturação, implantação e

funcionamento do juiz das garantias no âmbito da Justiça Federal, Eleitoral, Militar, e dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Por derradeiro, o juiz das garantias não só fortalece a separação de funções no processo penal reforçando o sistema acusatório, como também robustece a necessidade de uma atuação judicial que acate os princípios constitucionais da imparcialidade e da presunção de inocência. A reforma acarretada pelo Pacote Anticrime, logo, significa um passo importante rumo a um sistema de justiça mais equitativo e justo, ainda que sua plena implementação dependa de uma série de ajustes e adequações no sistema judicial brasileiro.

16.3.1.1 Do recebimento da denúncia ou queixa-crime

A petição inicial do processo penal é a denúncia, oferecida pelo MP, ou a queixa crime, apresentada pelo ofendido. No caso de réu preso, a denúncia deve ser oferecida no prazo 5 dias após a conclusão do IP, e no caso de réu solto, em 15 dias (art. 46 do CPP).

A peça acusatória deve conter os requisitos do art. 41, quais sejam: "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas", além de provas mínimas sobre o crime, suas circunstâncias e indícios de autoria. Podem ser arroladas até oito testemunhas por fato imputado, independentemente do número de autores, mas se houver múltiplos crimes, o número de testemunhas pode aumentar proporcionalmente.

Uma vez que a inicial acusatória é distribuída ao juiz competente a fase processual tem início, embora tecnicamente só exista processo com a citação válida.

O art. 394-A do CPP, introduzido pela Lei nº 14.994 de 2024, estabelece a prioridade de tramitação para os processos que

envolvem crimes hediondos ou violência contra a mulher, em todas as instâncias do sistema judiciário. Isso significa que esses casos devem ser tratados com celeridade, a fim de garantir uma resposta rápida da Justiça.

> *Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo ou violência contra a mulher terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.*
> *§ 1º Os processos que apurem violência contra a mulher independerão do pagamento de custas, taxas ou despesas processuais, salvo em caso de má-fé.*
> *§ 2º As isenções de que trata o § 1º deste artigo aplicam-se apenas à vítima e, em caso de morte, ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, quando a estes couber o direito de representação ou de oferecer queixa ou prosseguir com a ação.*

Sendo o processo distribuído ao juiz da instrução, ele fará a análise acerca do recebimento nos termos do art. 395 e 396 do CPP. Ressalta-se, novamente, que inobstante o art. 3-C do CPP disponha que a competência para análise do recebimento da inicial acusatória seja do juiz das garantias, o STF concedeu interpretação conforme à CF a tal dispositivo a fim de determinar que a competência do juiz das garantias termina com o oferecimento da denúncia ou queixa-crime.

> *(i) Reconhecido o erro legístico e submetido o inciso XIV à interpretação sistemática, considerada a principiologia inspiradora do instituto do juiz das garantias, a Corte conferiu-lhe interpretação conforme a Constituição, para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia. (ADI 6298, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-12-2023 PUBLIC 19-12-2023)*

O art. 395 do CPP trata das hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa:

> *Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:*
> *I - for manifestamente inepta;*
> *II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou*
> *III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.*

A inépcia da inicial ocorre em situações excepcionais, quando a denúncia ou queixa não atende aos requisitos do art. 41 do CPP, como a exposição clara do fato criminoso, qualificação do acusado e

classificação do crime. A doutrina acrescenta outros requisitos, como endereçamento correto e assinatura do representante legal.

A falta de pressuposto processual se dá pela ausência de competência do juízo, legitimidade das partes ou originalidade da ação. Para o exercício da ação penal, é necessário ter legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir, além de justa causa, que se refere à presença de provas mínimas sobre o crime e indícios de autoria. O juiz deve verificar essas condições ao receber a denúncia, podendo rejeitá-la liminarmente se faltar algum desses requisitos, conforme o art. 395 do CPP.

Diferente do processo civil, não há possibilidade de emenda da inicial acusatória, de maneira que o juiz ou a rejeita nos termos do art. 395 do CPP ou a recebe, conforme art. 396 do CPP.

Ao receber a denúncia ou queixa-crime, a prescrição é interrompida (art. 117, I, do CP), ou seja, o prazo prescricional reinicia-se do zero. Porém, se o recebimento for feito por juiz absolutamente incompetente, não haverá interrupção da prescrição. Na hipótese de incompetência relativa (ex. territorial), a interrupção ocorre, mas com efeito retroativo à data da decisão inicial, desde que os atos sejam convalidados.[737]

O art. 396 do CPP dispõe que: “nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”.

No entanto, o art. 399 do CPP trata de outro momento de recebimento da peça acusatória: “recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”.

Em razão dos dispostos nos arts. 396 e 399 do CPP, a doutrina se dividiu acerca do momento de recebimento da denúncia e tal é importante dado o efeito de interrupção da prescrição.

Há três posições principais: a) Guilherme Nucci: Defende que há apenas um recebimento da denúncia, previsto no art. 396 do CPP; b) Gustavo Badaró: Sustenta que o único recebimento ocorre no art. 399 do CPP, após a citação e resposta do acusado; c) Antônio Scarance Fernandes e Mariangela Lopes:[738] afirmam que existem dois momentos de recebimento da denúncia: o provisório, no art. 396, e o definitivo, no art. 399, sendo este último o que interrompe a prescrição. [739]

A jurisprudência do STJ pacificou-se com o entendimento de Nucci, afirmando que o recebimento da denúncia ocorre apenas no momento do art. 396, logo após o oferecimento da acusação e antes da resposta do acusado (STJ, T5, AgRg no RHC 131810/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 09.09.20). [740]

Recebida a denúncia, o juiz ordenará a citação do réu. A citação é o ato processual pelo qual o acusado é formalmente notificado sobre a existência de uma ação penal contra ele, sendo convocado a se defender.

A citação pode ser real (feita pessoalmente por meio do oficial de justiça) ou ficta (quando não é possível localizar o réu). A citação real pode ocorrer de várias formas: por mandado, carta precatória (quando o réu está fora da jurisdição), por intermédio de um chefe militar, quando o réu é militar, ou por carta rogatória, caso o réu esteja no exterior. Funcionários públicos são citados por seu superior hierárquico e réus presos também são citados pessoalmente (art. 360 do CPP).

Realizada a citação, nos termos do art. 363, “o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”.

A citação ficta ocorre quando o réu não é localizado, sendo feita por edital ou por hora certa (quando o réu se oculta para evitar a citação). Em caso de citação por hora certa, se o réu não nomear defensor, o juiz nomeará defensor dativo nos termos do 362, parágrafo único do CPP e o processo terá tramitação regular.

Justamente pelo fato de ser uma citação ficta, a modalidade de citação por hora certa já teve sua constitucionalidade questionada perante o STF, o qual decidiu pela manutenção deste tipo de citação no processo penal.

> *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. ARTIGO 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. É constitucional a citação por hora certa, prevista no art. 362, do Código de Processo Penal. 2. A conformação dada pelo legislador à citação por hora certa está de acordo com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica. 3. A ocultação do réu para ser citado infringe cláusulas constitucionais do devido processo legal e viola as garantias constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. 4. O acusado que se utiliza de meios escusos para não ser pessoalmente citado atua em exercício abusivo de seu direito de defesa. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 635145, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01-08-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-207 DIVULG 12-09-2017 PUBLIC 13-09-2017)*

A revelia no processo penal, nos termos do art. 367 do CPP, ocorre quando o réu, após ser citado ou intimado pessoalmente, não comparece a atos processuais sem justificativa ou muda de endereço sem informar o juízo. Ao contrário do que ocorre no processo civil, a revelia penal não implica presunção de veracidade dos fatos apresentados pela acusação, que ainda tem o ônus de provar as alegações. A revelia impede que o réu seja intimado de atos processuais futuros, mas seu defensor continua a ser intimado. No entanto, o réu deve ser intimado pessoalmente da sentença

condenatória. A revelia pode ser revogada se o réu decidir voltar a acompanhar os atos do processo.

No caso de citação por edital, se o réu comparecer ao processo e nomear defensor, o processo seguirá o rito normal, ao contrário, se o réu não se manifestar, o juiz nomeará defensor dativo, procedendo conforme o art. 366 do CPP.

A citação por edital ocorrerá conforme dispõe os artigos que seguem:

> *Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.*
> *§ 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital.*
> *§ 4º Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código.*
> *Art. 364. No caso do artigo anterior, nº I, o prazo será fixado pelo juiz entre 15 (quinze) e 90 (noventa) dias, de acordo com as circunstâncias, e, no caso de nº II, o prazo será de trinta dias.*
> *Art. 365. O edital de citação indicará:*
> *I - o nome do juiz que a determinar;*
> *II - o nome do réu, ou, se não for conhecido, os seus sinais característicos, bem como sua residência e profissão, se constarem do processo;*
> *III - o fim para que é feita a citação;*
> *IV - o juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer;*
> *V - o prazo, que será contado do dia da publicação do edital na imprensa, se houver, ou da sua afixação.*
> *Parágrafo único. O edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publicado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual conste a página do jornal com a data da publicação.*

Quando o réu é citado por edital e não comparece ou não constitui defensor, o processo e o prazo de prescrição são suspensos, conforme o art. 366, caput, do CPP. Durante a suspensão, o juiz pode determinar a prisão preventiva (art. 312 e 313 do CPP) e autorizar a produção antecipada de provas urgentes. No entanto, não basta a citação por edital, a decisão de produção antecipada e prisão deve ser fundamentada, conforme a Súmula 455 do STJ.

Se o réu comparecer espontaneamente ou for preso, a suspensão do processo é revogada, e ele será considerado citado pessoalmente. A suspensão do prazo prescricional é limitada ao tempo da prescrição máxima da pena em abstrato, conforme o art. 109 do CP e a Súmula 415 do STJ. O STF confirmou esse entendimento no RE 600.851/DF, objeto do Tema n. 438, instituindo que, apesar do processo permanecer suspenso, o prazo de prescrição é limitado à pena máxima em abstrato, exceto nos casos de crimes imprescritíveis.

> *Penal e processual penal. Habeas corpus. 2. Citação por edital e suspensão do processo penal (art. 366, CPP). Tema 438 de Repercussão Geral: "Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso". 3. Após o decurso do prazo referente ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, embora volte a correr o prazo prescricional, deve o processo penal continuar suspenso, se não localizado o réu. 4. Vedação à condenação de réu ausente, se não encontrado após citação por edital. Direito à ampla defesa e ao contraditório assegurados constitucionalmente e direito de ser informado da acusação, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos. 5. Agravo regimental provido para conceder a ordem de habeas corpus e determinar a manutenção da suspensão do processo penal movido em desfavor do paciente, se não localizado, nos termos da tese de repercussão geral fixada no tema 438 pelo Supremo Tribunal Federal e do art. 366 do Código de Processo Penal. (HC 189022 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08-02-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021)*

A decisão de suspensão do processo pode ser impugnada por meio de recurso em sentido estrito, de acordo com o art. 581, XVI, do CPP, ou por apelação, sendo admitida a fungibilidade dos recursos. O prazo para resposta escrita do réu começa a contar do comparecimento pessoal do réu nos termos do art. 396, parágrafo único, do CPP.

16.3.2 Resposta à acusação

A resposta à acusação, prevista no art. 396-A do CPP, não deve ser confundida com a defesa preliminar ou defesa prévia. A defesa prévia existia até 2008 e era facultativa, apresentada em 3 dias após o interrogatório do acusado, na *práxis* forense era apresentada apenas para cumprir protocolo, sem nenhum tipo de relevância.

A defesa preliminar, por sua vez, ocorre antes do recebimento da denúncia em procedimentos especiais, como nos Juizados Especiais Criminais, crimes de responsabilidade de funcionários públicos e no tráfico de drogas, nos termos do art. 55 da Lei 11.343/2006.

A resposta à acusação, por sua vez, é obrigatória no procedimento comum e deve ser apresentada em 10 dias, contados a partir da citação, sob pena de nomeação de um defensor dativo. Esse prazo começa com a efetiva citação – e não da juntada do mandado de citação nos autos – conforme Súmula 710 do STF e de forma analógica art. 406, § 1º do CPP.

Na peça o réu pode incluir preliminares, juntada de documentos pertinentes à defesa e arrolamento de testemunhas, sob pena de preclusão.

No prazo da resposta deve ser apresentadas as exceções pertinentes, que serão processadas em autos apartados, conforme art. 396-A, §1º do CPP.

Em caso de não apresentação da resposta no prazo legal, "ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias" (art. 396-A, §2º do CPP).

16.3.2.1 Absolvição sumária

Há quem defenda que após a apresentação da resposta à acusação, se houver preliminares ou novos documentos, o juiz deve dar vista ao Ministério Público para manifestação. O MP e o

querelante devem se pronunciar sobre questões levantadas pela defesa e sobre matérias que o juiz possa reconhecer de ofício, em respeito à proibição de decisões-surpresa (arts. 9º e 10 do CPC). No entanto, o CPP nada dispõe acerca da necessidade tréplica, dispondo, nos termos do art. 397 do CPP que: "Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar":

Os incisos do art. 397 dispõe acerca das hipóteses de absolvição sumária, ou seja, sem que o processo tenha prosseguimento para a fase instrutória:

> *I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;*
> *II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;*
> *III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou*
> *IV - extinta a punibilidade do agente.*

Caso o juiz tenha dúvidas sobre a presença de uma das causas para a absolvição sumária, ele deve se abster de concedê-la, neste momento, pois ainda há a fase de instrução, prevalecendo o princípio do *in dubio pro societate*.

De fato, neste momento processual, a absolvição sumária não pode ser fundamentada em ausência de provas, pois isso impediria a acusação de produzir as provas necessárias, o que seria incompatível com o sistema jurídico. Assim, não se aplicam, nesse momento, os incisos de falta de prova do art. 386 do CPP (incs. II, V, VI e VII). Além disso, não é possível absolvição imprópria, ou seja, cominar medidas de segurança nesta fase, pois isso exige comprovação de autoria e materialidade, o que só pode ser feito após a fase de instrução e julgamento.[741]

O STJ admite que o magistrado possa, ao identificar uma causa de rejeição da denúncia ou queixa no momento da análise, reconsiderar o recebimento da inicial e rejeitá-la com base no art. 395 do CPP

STJ, 5ª Turma, (AgRg no REsp nº 1.291.039/ES, 2011/0263983-6, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.09.2013).

Se o juiz absolver sumariamente o réu, o MP pode interpor apelação conforme o art. 593, II, do CPP, embora a absolvição sumária seja considerada uma decisão interlocutória mista terminativa, e não uma sentença. Por outro lado, se o juiz não conceder a absolvição sumária, a posição majoritária não admite recurso, exceto nos casos de rejeição da extinção da punibilidade, hipótese que caberá RESE de acordo com o art. 581, IX, do CPP.

16.3.3 Identidade física do juiz

Dispõe o art. 399 do CPP:

> *Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.*
> *§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.*
> *§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.*

O princípio da identidade física do juiz, introduzido no CPP pela Lei n. 11.719/2008, institui que o juiz que preside a instrução do processo deve proferir a sentença (art. 399, § 2º do CPP). Esse princípio se justifica pelo contato direto do magistrado com a produção probatória e, por conseguinte, com as provas, facilitando a formação de sua convicção.

No entanto, o STJ entende que o princípio não é absoluto. Exceções podem ocorrer, como no caso de magistrados designados para auxiliar em varas sobrecarregadas, por exemplo, em mutirões judiciais. Nessas situações, juízes designados por portaria para atuar em processos acumulados podem proferir sentenças sem violar o princípio da identidade física do juiz.

Ademais, a jurisprudência do STJ estabelece que, em regra, a sentença deve ser proferida pelo juiz que conduziu a instrução criminal, em respeito ao princípio da identidade física do juiz. No entanto, são permitidas exceções, como nos casos de afastamento, substituição, licenciamento, promoção, remoção ou convocação do magistrado para instância superior (STJ/AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 991.119 – DF).

16.3.4 Audiência de instrução, debates e julgamento

Nos termos do art. 399 do CPP, não sendo o caso de absolvição sumária e, portanto, recebida a denúncia ou queixa, o juiz marcará "dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente".

Assim, a audiência de instrução, interrogatório, debates e julgamento segue o rito previsto no CPP, nos arts. 400 ao 405. Caso o juiz não absolva sumariamente o réu, será marcada uma audiência no prazo máximo de 60 dias (art. 400), com a devida intimação das partes envolvidas (art. 399). Durante essa audiência, o juiz ouvirá o ofendido, as testemunhas de acusação e defesa, por fim, fará o interrogatório do réu, seguindo a ordem estabelecida.

As testemunhas arroladas pelas partes devem respeitar o limite de oito para a acusação e oito para a defesa (art. 401, § 1º), a jurisprudência convencionou que o limite de 8 é para cada fato imputado ao réu. É possível substituir testemunhas que não foram localizadas ou que estejam impedidas de depor, conforme o art. 451 do CPC, combinado com o art. 3º do CPP.

Na audiência, as perguntas são feitas diretamente pelas partes às testemunhas (*cross examination*) em oposição ao antigo sistema presidencialista, com o juiz ditando as respostas ao escrevente de

sala (art. 212). No entanto, com a implementação do processo eletrônico nos termos da Lei n. 11.419/2006 e posterior alteração do CPP pela Lei n. 11.719/2008 as audiências passaram a ser registradas por meio audiovisual, sem a necessidade de transcrição (art. 405, § 2º, CPP).

Importante alteração foi a inclusão do art. 400-A no CPP pela Lei nº 14.245/2021, por estabelecer garantias de proteção à integridade física e psicológica das vítimas, especialmente em crimes contra a dignidade sexual, durante a audiência de instrução e julgamento.

Este dispositivo impõe um dever a todas as partes e sujeitos processuais de zelar pelo respeito à dignidade da vítima, prevendo responsabilização civil, penal e administrativa em caso de violação. Ademais, a norma impõe ao juiz o papel de fiscalizar e garantir o cumprimento dessas garantias, vedando manifestações sobre questões alheias ao caso e o uso de linguagem ou material ofensivo à vítima ou testemunhas.

Tal norma é necessária, pois em crimes de natureza sexual, a revitimização (também chamada de vitimização secundária) é um fenômeno comum, em que a vítima, ao longo do processo, pode ser exposta a constrangimentos, questionamentos e observações que reforçam o trauma vivenciado, bem como, minimizam ou duvidam da violência sofrida. Ao proibir manifestações impertinentes ao caso e a utilização de linguagem ofensiva, a norma busca tornar essa revitimização o mínimo possível, proporcionando um ambiente processual mais respeitoso e equilibrado.

Trata-se de uma busca pela dignidade e proteção de vítimas no sistema de justiça criminal, promovendo um tratamento mais humanizado e digno.

> *Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais*

presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:
I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;
II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas

O STF no julgamento da ADPF 1107 que trata da nulidade decorrente da utilização de questionamentos sobre o modo de vida ou a vivência sexual pregressa da vítima em processos de apuração e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de violência contra a mulher. Julgou procedente a arguição, estabelecendo que qualquer referência à vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida em audiências de instrução e julgamento de crimes dessa natureza constitui ofensa aos princípios constitucionais, e implica na nulidade do ato processual ou do julgamento, conforme os artigos 563 a 573 do Código de Processo Penal.

Além disso, o STF enfatizou que o acusado não pode se beneficiar da própria torpeza, melhor explicando, não pode invocar essa nulidade caso ele ou sua defesa levantem essas questões sobre a vítima. A ADPF também dispõe que o juiz não pode considerar o histórico sexual ou o modo de vida da vítima na fixação da pena em crimes sexuais (art. 59 do Código Penal), sendo dever do juiz zelar pela integridade da vítima durante o julgamento e impedir qualquer prática inconstitucional relacionada ao tema.

Continuando a audiência de instrução e observando o disposto no art. 400-A, o juiz poderá complementar as inquirições se houver pontos que não ficaram claros. A inversão da ordem de inquirição pelo juiz, entretanto, gera nulidade relativa, salvo se houver prejuízo evidente para o acusado, caso em que a nulidade pode ser absoluta.

Se o réu causar constrangimento às testemunhas, o juiz poderá determinar o uso de videoconferência para a inquirição, ou, em

casos excepcionais, sua retirada da sala (art. 217). O interrogatório do réu, que ocorre ao final da audiência, é um ato essencial para a apuração dos fatos.

Após a instrução, o juiz poderá determinar diligências ou proceder diretamente ao encerramento da audiência, momento em que as partes apresentam suas alegações finais orais pelo prazo de 20 minutos, iniciando pela acusação e terminando pela defesa, podendo ser prorrogáveis por mais 10 minutos. Em casos complexos, o juiz pode conceder prazo para que as partes apresentem alegações por escrito – memoriais – (art. 403) no prazo de 5 dias sucessivos.

O não cumprimento do prazo para alegações finais pela defesa constitui nulidade absoluta do processo, enquanto o Ministério Público, mesmo que peça a absolvição do réu, não impede que o juiz, fundamentando de forma adequada, opte pela condenação (art. 385 do CPP).

O art. 404 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.719/2008, estabelece que, ao final de uma audiência de instrução e julgamento, se o juiz considerar necessário realizar alguma diligência considerada imprescindível para a elucidação dos fatos, ele pode concluir a audiência sem que as partes apresentem suas alegações finais orais.

Após a realização da diligência, o parágrafo único do artigo antevê que as partes devem apresentar suas alegações finais por escrito, em forma de memorial, dentro de um prazo sucessivo de 5 dias para cada parte. Ou seja, primeiro uma parte apresenta suas alegações e, após isso, a outra parte tem o mesmo prazo para se manifestar. O juiz, então, terá o prazo de 10 dias para proferir a sentença.

Por fim, os atos e depoimentos realizados na audiência serão registrados em livro próprio ou por meios audiovisuais, conforme o

art. 405 do CPP, visando maior fidelidade às informações prestadas.

16.3.4 Sentença

Ao término das alegações finais, o juiz pode proferir a sentença verbalmente na audiência, sendo reduzida a termo, ou por escrito no prazo de 10 dias. Para que a sentença seja formalmente válida, ela deve conter três fases essenciais:

1. Relatório: exposição resumida das alegações das partes, identificação dos atos processuais e incidentes ocorridos durante o processo.
2. Motivação ou Fundamentação: o juiz deve explicar as razões que o levam a condenar ou absolver o réu, analisando os argumentos da acusação e defesa. A fundamentação é essencial e deve seguir os requisitos do art. 315, § 2º, do CPP, como não se limitar à reprodução de normas, evitar conceitos vagos e enfrentar todos os argumentos. A falta de fundamentação torna a sentença nula, conforme o art. 564, parágrafo único, V, do CPP.
3. Conclusão: parte final da sentença, dispositiva, em que o juiz declara a procedência (condenação) ou improcedência (absolvição ou extinção da punibilidade) da ação penal, especificando os artigos de lei aplicados, datando e assinando a decisão.

Elementos pormenorizados da sentença penal são tratados no item 16.8 infra.

16.4 Procedimento Comum Sumário

O procedimento comum sumário está disciplina nos arts. 531 ao 538 do CPP. É uma modalidade de rito processual penal aplicável aos casos de crimes cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos de privação de liberdade.

Esse rito processual é caracterizado pela sua celeridade e simplificação em comparação ao procedimento ordinário em uma resposta mais rápida do sistema de justiça penal, garantindo, contudo, a observância dos direitos fundamentais do acusado[742].

O procedimento inicia-se de maneira semelhante ao procedimento ordinário, com o recebimento da denúncia ou queixa. No que diz respeito ao recebimento da denúncia, observa-se o que foi discutido no tópico anterior.

A inicial acusatória deve conter o rol de até cinco testemunhas, conforme previsto no art. 532 do CPP. Após o recebimento, o juiz ordena a citação do réu, que deverá responder à acusação por escrito, no prazo de dez dias (art. 396 do CPP), através de seu defensor, seja ele constituído, dativo ou público.

A audiência de instrução também deve observar o disposto no art. 400-A do CPP:

> *Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021) (Vide ADPF 1107)*
> *I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)*
> *II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.*

Na resposta escrita a ser apresentada no prazo de 10 dias, é o momento em que o acusado deve apresentar toda a matéria de seu interesse, incluindo preliminares, justificações, documentos, especificação de provas e o rol de testemunhas, limitado a cinco.

As exceções processuais são tratadas de acordo com os artigos 95 a 112 do CPP. Caso o juiz entenda que não há elementos suficientes para condenação, verificando: a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato, a existência manifesta de causa

excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, que o fato narrado evidentemente não constitui crime, ou extinta a punibilidade do agente, pode absolver sumariamente o réu (art. 397 do CPP). Não havendo absolvição sumária, o juiz designa a audiência de instrução e julgamento.

A audiência de instrução e julgamento, que deve ser única, ocorre no prazo máximo de 30 dias. Durante a audiência, são colhidos os depoimentos do ofendido, das testemunhas de acusação e defesa, preservando esta ordem, além dos esclarecimentos de peritos, se necessário. Também podem ser realizadas acareações e reconhecimentos de pessoas e coisas. Ao final da audiência, interroga-se o réu, conforme estabelece o art. 531 do CPP.

Caso haja necessidade de ouvir testemunhas por carta precatória, a expedição deve ser feita logo após a defesa prévia, sem necessidade de respeitar a ordem de inquirição e também abarca a possibilidade de ouvir as testemunhas por videoconferência (art. 222, §3º do CPP), visando a concentração dos atos processuais em uma única audiência, reduzindo a fragmentação do processo e acelerando sua tramitação[743].

O prazo máximo de 30 dias para a realização da audiência de instrução e julgamento é considerado impróprio, ou seja, não acarreta sanção caso não seja cumprido. Em situações excepcionais, especialmente se o acusado estiver preso, pode-se alegar excesso de prazo para resolução processual. No entanto, a avaliação do constrangimento ilegal deve seguir o princípio da razoabilidade, levando em conta a sobrecarga de processos e a estrutura das comarcas e varas.

Após a colheita de provas, realizam-se os debates orais, onde a acusação e a defesa têm 20 minutos cada para apresentar suas considerações finais ao juiz de direito, com possibilidade de

prorrogação por mais 10 minutos para ambas as partes. Se houver mais de um réu o prazo é individual. Se no momento houver assistente de acusação, este terá 10 minutos, acrescidos de igual período à defesa. A sentença deve ser proferida imediatamente no termo de audiência (art. 534 do CPP).

A oralidade é incentivada no procedimento sumário para conferir celeridade ao processo, permitindo a gravação dos depoimentos e debates, e evitando a substituição dos debates orais por peças escritas[744]. No procedimento sumário, as alegações finais são obrigatoriamente orais, sem a previsão de juntada de memoriais escritos no processo.

Por fim, como elucida a doutrina se faz relevante mencionar o artigo 185 da Lei de Falências (Lei 11.101/2005), que disciplina o procedimento especial de apuração prévia dos crimes falimentares, determinando que, após o recebimento da denúncia ou queixa, o rito a ser seguido é o rito sumário, destacando a possibilidade da aplicabilidade desse procedimento em situações específicas além das previstas no CPP[745].

16.5 Procedimento Comum Sumaríssimo

Há, conforme já explicado, uma subdivisão dentro do procedimento ordinário que inclui três tipos de ritos: ordinário, sumário e sumaríssimo, diferenciados pela gravidade da pena associada ao crime e, portanto, ao próprio crime. Crimes com penas mais altas e que exigem uma complexidade maior na produção de provas seguem um rito mais extenso.

Especificamente acerca dos crimes de menor potencial ofensivo, assim compreendidos aqueles definidos pela Lei 9099/1995, cuja pena máxima não exceda a dois anos cumulados ou não com multa e

as contravenções penais (previstas no Decreto-Lei nº 3.688/1941), estes são processados sob o rito sumaríssimo.

> *Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*

Este rito é destinado a infrações que possuem baixa lesividade social e simplifica o processo judicial para acelerar a resolução. Neste sentido, o Art. 62 dispõe que:

> *O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.*

Importante notar que este procedimento é aplicado principalmente em situações de flagrante, resultando na criação de um Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) pela Polícia Judiciária, em vez de instauração de Inquérito Policial. Neste sentido, elucidativa é a disposição da Lei n. 9.099/95:

> *Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.*

Assim, o TCO é um documento simplificado, que não compreende um inquérito policial extenso, mas registra os detalhes básicos e importantes do crime. Esta abordagem visa garantir uma resposta judicial rápida e adequada à natureza do delito, facilitando um processo mais célere e menos oneroso para o sistema judicial e para o acusado.

Este método processual foi projetado para promover uma administração eficiente da justiça penal, garantindo que delitos menores sejam tratados de forma proporcional à sua gravidade, permitindo que recursos mais intensivos sejam reservados para crimes mais sérios.

A intenção é resolver rapidamente casos menos complexos, enquanto assegura a justiça e a reabilitação efetiva dos envolvidos e a composição entre as partes, fornecendo uma sensação de justiça para a vítima que habitualmente se vê inserida em um contexto de vitimização secundária.

O processamento do rito sumaríssimo se dá perante o JECRim, ou seja, Juizado Especial Criminal, criado pela Lei nº. 9.099/95, cuja competência é disposta no art. 60 da Lei nº. 9.099/95:

> *Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.*
>
> *Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.*

Finalizado o TCO os autos são encaminhados ao JECrim para realização da audiência preliminar, neste momento, caso não haja transação penal ou composição civil dos danos, o processo segue com a apresentação de denúncia ou queixa-crime, a qual pode ser realizada de forma oral na própria audiência preliminar, iniciando o procedimento penal.

O procedimento sumaríssimo está regulamentado pelos arts. 77 a 83 da Lei 9.099/1995, e a denúncia pode ser apresentada de forma oral na audiência preliminar ou posteriormente, respeitando o prazo decadencial. O MP, uma vez oferecida a denúncia, pode propor a suspensão condicional do processo.

A citação no JECrim é sempre pessoal (não se permite citação por edital) e pode ser realizada na própria audiência preliminar ou posteriormente. Se o réu não for encontrado, o caso será remetido ao juízo comum sumário (art. 538 do CPP), para que se proceda à citação por edital. Entretanto, citação por hora certa é permitida no JECrim e continuará sob o rito sumaríssimo.

Após a citação, é marcada a audiência de instrução e julgamento, onde novamente pode-se tentar a composição civil ou transação penal. Se não houver acordo, é apresentada a resposta oral à acusação. O juiz então decide se recebe a denúncia, o que não permite recurso (apenas cabendo habeas corpus), ou se rejeita a denúncia, cabendo recurso de apelação (diferente do procedimento comum no CPP, onde caberia RESE.

Durante a audiência, as partes podem ouvir até 5 testemunhas cada. Após a instrução, ocorrem debates orais e, por fim, o juiz profere uma sentença oral, sendo o relatório dispensado (exige-se apenas fundamentação e dispositivo).

> *Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.*
> *§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.*
> *§ 1º-A. Durante a audiência, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)*
> *I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)*
> *II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. (Incluído pela Lei nº 14.245, de 2021)*
> *§ 2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.*
> *§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.*

No procedimento sumaríssimo, o principal recurso disponível é o de apelação, que pode ser utilizado tanto para impugnar a decisão que recebe ou rejeita a denúncia, quanto para rebater uma sentença condenatória ou absolutória. O prazo para interposição desse

recurso é de 10 dias, ressalta-se que devem ser apresentadas a peça de interposição e razões juntas.

Antes do recurso de apelação é possível interpor “embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão”, os quais, “serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão” (art. 83, § 1º da Lei 9.099/95).

Também é possível a interposição de recurso extraordinário no âmbito do Juizado Especial Criminal (JECrim), conforme estabelecido pela Súmula nº 640 do STF, que autoriza esse recurso contra decisões proferidas tanto por juízes de primeiro grau quanto por turmas recursais dos juizados especiais.

O recurso em sentido estrito não é cabível nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Criminais, conforme o Enunciado nº 48 do CNJ, que expressamente exclui a aplicabilidade desse recurso no JECrim.

Por fim, destaca-se que, mesmo no procedimento penal sumaríssimo, é possível impetrar habeas corpus, uma vez que este é um remédio constitucional destinado a proteger a liberdade de locomoção, sendo cabível em qualquer processo criminal.

Quando se trata de atos ilegais cometidos pelo juízo de primeiro grau no JECrim, o habeas corpus deve ser dirigido à Turma Recursal, composta por três juízes de direito, como previsto no art. 82 da Lei 9.099/95.

Por fim, cumpre esclarecer que entendimento dos tribunais é que a Turma Recursal tem competência para julgar habeas corpus contra decisões de juízes de primeiro grau no JECrim. Somente se o ato ilegal for praticado pela própria Turma Recursal, o habeas corpus deverá ser encaminhado ao Tribunal de Justiça (TJ) ou Tribunal

Regional Federal (TRF), como definido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do HC 86834/SP.

16.6 Procedimentos Especiais no CPP

O Código de Processo Penal prevê os procedimentos especiais estes que são destinados a situações específicas que, devido às suas particularidades, requerem ritos diferenciados dos procedimentos comuns. A particularidade desses procedimentos, visam atender às peculiaridades de certos crimes ou circunstâncias processuais, garantindo uma resposta mais adequada do sistema de justiça penal.

16.6.1 Procedimento dos crimes contra a honra

A seguir, será iniciado pelo o procedimento especial aplicável aos crimes contra a honra.

O procedimento especial dos crimes contra a honra, como calúnia, difamação e injúria são regidos pela ação penal privada, salvo as hipóteses de ação penal pública condicionada.

Nesse rito, a vítima, ou querelante, deve apresentar queixa-crime dentro do prazo decadencial de seis meses a partir do conhecimento do fato ou o MP oferecer a denúncia após a devida representação ou requisição do ministro da justiça. O procedimento permite a retratação até a sentença, desde que ocorra antes da audiência de instrução e julgamento.

A regra geral para estes crimes possui quatro exceções sendo: a) se a ofensa for contra funcionário público em razão de suas funções, a ação penal é pública condicionada à representação; b) se a ofensa for contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, a ação é pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça; c) no crime de injúria real, se a vítima sofrer lesões, a ação será pública incondicionada; d) no crime de injúria racial ou

preconceituosa (art. 140, § 3º, do CP), a ação é pública condicionada à representação.

Dois aspectos importantes merecem destaque na questão é a Súmula 714 do STF a qual estabelece que "é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções". Isso significa que o servidor pode optar por oferecer representação ao Ministério Público ou ingressar com queixa-crime diretamente. Outro ponto está após a Lei n. 9.099/95, entende-se que a ação penal por injúria real será pública incondicionada apenas se a lesão sofrida pela vítima for grave; caso contrário, dependerá de representação.

Uma característica desse procedimento está que antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes a oportunidade de se reconciliarem, marcando uma audiência e ouvindo-as separadamente, sem a presença de advogados e sem lavrar termo. Se o juiz considerar pelos fatos uma provável a reconciliação, promoverá o entendimento entre as partes. Se houver acordo entre as partes, o querelante assinará um termo de desistência da ação, e a queixa será arquivada, e o juiz decretando a extinção da punibilidade do querelado. Ressalta-se que a não designação dessa audiência acarreta nulidade absoluta da ação. Contudo, para situações de crimes contra a honra de ação pública essa audiência não ocorre, já que o Ministério Público não pode conciliar em nome do ofendido.

A falta da reconciliação dá seguimento ao processo conforme o rito sumaríssimo, para tanto se a pena máxima da infração não exceder a dois anos, ou conforme o rito ordinário, se a pena máxima for superior a dois anos, ainda que inferior a quatro anos. Esse prosseguimento inclui a instrução e julgamento, com a possibilidade

de apresentação de provas e alegações finais, respeitando os direitos de defesa e contraditório.

Em resumo, o procedimento especial para crimes contra a honra busca essencialmente equilibrar a celeridade processual com a garantia dos direitos das partes envolvidas, oferecendo oportunidades de reconciliação e resolvendo as questões de maneira eficiente, conforme a gravidade das penas previstas[746].

16.6.2 Procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.

A seguir, será analisado o procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.

O procedimento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, dispõem-se nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal os quais estabelecem o procedimento criminal para a apuração dos crimes funcionais, ou seja, os crimes previstos nos artigos 312 a 326 do Código Penal, cometidos por funcionários públicos contra a Administração Pública.

O Código de Processo Penal denomina esses delitos como crimes de responsabilidade de funcionário público, no entanto, tal expressão se refere a ilícitos de natureza político-administrativa, que possuem sanções distintas, como suspensão dos direitos políticos e perda do cargo, e o procedimento em questão não se aplica a outros delitos praticados por funcionários públicos[747], mesmo que a condição de funcionário seja qualificadora do delito, como nos casos previstos nos artigos 322, § 2º, e 351, §§ 3º e 4º, do Código Penal.

O rito segue com a apresentação da denúncia ou queixa (subsidiária da pública, uma vez que todos os crimes funcionais são de ação pública), o juiz notificará o funcionário público para que

apresente sua resposta por escrito no prazo de 15 dias (art. 514 do CPP), fase esta conhecida como "defesa preliminar".

Caso o funcionário não tiver residência conhecida ou estiver fora da jurisdição do juiz, será nomeado um defensor para apresentar a defesa preliminar. A expedição de carta precatória não é regra prevista para a notificação em outra comarca, porém a prática tem seguido o princípio da ampla defesa, permitindo que o funcionário nomeie um defensor de sua confiança.

De acordo com o art. 514, *caput*, a defesa preliminar é obrigatória apenas nos crimes afiançáveis, no entanto, com a Lei n. 12.403/2011, todos os crimes funcionais passaram a ter esse caráter. A ausência da defesa preliminar em crimes que a exigem a defesa preliminar, gera divergências quanto à nulidade do processo. As posições são abordadas em duas vertentes: uma que considera a nulidade relativa, devendo ser alegada no momento oportuno e comprovado o prejuízo ao funcionário; e outra que considera a nulidade absoluta, por violar o devido processo legal[748]. Neste âmbito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que a nulidade é relativa.

Essa discussão foi definida pela Súmula 330 do STJ, publicada em setembro de 2006, que dispensa a resposta preliminar quando a ação penal é instruída por inquérito policial. Em outras palavras, a defesa preliminar se faz necessária apenas caso a denúncia não estiver acompanhada de um inquérito policial ou documentos equivalentes, como sindicâncias ou outras peças de informação. Mesmo nessas situações, a ausência da defesa preliminar possibilita a abertura para a discussão sobre a natureza da nulidade, predominando então a orientação de que se trata de nulidade relativa.

O procedimento prossegue com a apresentação da defesa preliminar, após este momento os autos seguem para que o juiz

receba ou rejeite a denúncia, caso entenda que não há justa causa para a ação penal.

Se a denúncia for aceita, encaminha-se com a fase de instrução, que inclui a coleta de provas, oitiva de testemunhas e realização de outras diligências necessárias para a formação da convicção do juiz. Essa fase tem por importância a busca em assegurar que todas as partes possam apresentar suas provas e argumentos, garantindo o contraditório e a ampla defesa. Concluída a instrução, o processo segue para as alegações finais e, posteriormente, para a sentença, em que o juiz, então, decidirá pela condenação ou absolvição do acusado.

16.6.3 Procedimento dos crimes cometidos contra a propriedade imaterial

A seguir, analisa-se o procedimento relativo aos crimes cometidos contra a propriedade imaterial.

Aos crimes contra a propriedade imaterial, que envolvem a proteção de direitos autorais, patentes, marcas, desenhos industriais, e outros bens imateriais oriundos da criação intelectual, possuidores de valor econômico, bem como suscetíveis de alienação por seu titular, e se corporificam em coisas materiais ou energias. Estes crimes são regulados por legislações específicas que complementam o CPP, como a Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/1998) e a Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/1996).

Nos crimes contra a propriedade imaterial, como a violação de direito autoral em sua forma simples (ação penal de inciativa privada), o procedimento penal inicia-se com a adoção de medidas prévias antes do oferecimento da queixa-crime, conforme prevê os artigos 524 a 530 do CPP.

Se crime deixar vestígios, a queixa obrigatoriamente deve estar acompanhada para ser aceita do laudo pericial dos objetos que

constituem o corpo de delito. Portanto, a elaboração prévia de um laudo pericial é indispensável para o ajuizamento da ação penal privada por esses crimes (art. 525 do CPP), ocasionando como nula a decisão de recebimento da queixa se essa providência não for adotada previamente.

Para postular que seja feita busca e perícia em obras literárias, científicas ou artísticas, o interessado deve comprovar sua legitimidade (art. 526 do CPP).

Comprovado o direito à ação, o ofendido solicitará ao juiz a nomeação de dois peritos para realizar a busca e verificar a necessidade de apreensão dos objetos, limitada aos exemplares estritamente necessários para a perícia, estes que ficam a critério dos peritos. O prazo do laudo pericial para ser apresentado é de três dias após a diligência, independentemente da apreensão de bens.

Caso os peritos considerem desnecessária a apreensão, o requerente pode impugnar o laudo, cabendo ao juiz decidir sobre a necessidade de efetivar a medida (art. 527, parágrafo único do CPP). Encerradas as diligências, os autos são conclusos ao juiz para homologação do laudo (art. 528 do CPP). Após a homologação do laudo, os autos ficam em cartório aguardando o ajuizamento da ação penal pelo ofendido. Uma vez proposta, a ação penal seguirá as regras da Lei n. 9.099/95, já que a pena máxima prevista para o crime de violação de direito autoral simples é de 1 ano.

Nos crimes contra a propriedade imaterial cuja ação é de iniciativa pública, seja condicionada ou incondicionada, aplica-se o procedimento estabelecido nos artigos 530-B a 530-H do CPP.

Ao receber a notícia da infração, a autoridade competente deve proceder à apreensão de todos os bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, assim como dos equipamentos e materiais que possibilitaram a prática do ilícito, desde que sua destinação

principal seja essa prática. A apreensão deve ser documentada em termo detalhado, e assinado por, no mínimo, duas testemunhas, e contendo a descrição completa dos bens e sua origem.

Todos os bens apreendidos devem ser submetidos à perícia, conforme o artigo 530-D do CPP. No entanto, em casos de pirataria de CDs ou DVDs, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) permite a perícia por amostragem, conforme a Súmula 574. O perito oficial ou, na falta deste, uma pessoa tecnicamente habilitada, será o responsável pelo dever em elaborar o laudo para instruir o inquérito ou processo; e após a perícia, os bens são entregues aos titulares dos direitos autorais, que assumem a qualidade de depositários e ficam no dever de apresentá-los ao juízo quando solicitado.

No caso em que o autor do delito não contestar a apreensão, tornando incontroversa a ofensa à propriedade intelectual, ou se não houver elementos para identificar a autoria do crime, o juiz em sua competência pode, a pedido do ofendido, determinar a destruição dos bens apreendidos, exceto se houver necessidade de preservar o corpo de delito no processo. Em caso de sentença condenatória, a autoridade ordenará a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos e declarará o perdimento dos equipamentos apreendidos em favor da Fazenda Nacional, em seguida, oferecida a denúncia, o procedimento segue o rito ordinário.

16.6.4 Processo de restauração dos autos extraviados ou destruídos

Os arts. 541 ao 548 do CPP tratam do processo de restauração dos autos extraviados ou destruídos, os quais serão tratados nos parágrafos que seguem. O Provimento Nº 149 de 30/08/2023 do CNJ também trata sobre o tema ao instituir o “Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional

de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro".

O procedimento de restauração de autos extraviados ou destruídos tem como objetivo reconstituir os autos perdidos ou destruídos, garantindo a continuidade do processo judicial. Tal procedimento

A essencialidade desse procedimento resguarda em assegurar que o andamento processual não seja prejudicado pela ausência dos documentos originais, permitindo que o processo retome seu curso normal.

O rito se inicia com o procedimento de restauração mediante requerimento de qualquer das partes ou do Ministério Público direcionado a autoridade competente. O requerente deve apresentar todas as provas e documentos disponíveis que permitam a reconstituição dos autos, quais sejam cópias, certidões e depoimentos. O juiz, então, ordena a notificação das partes para que apresentem, dentro do prazo de 10 dias, os documentos e informações de que dispõem do processo.

Concluída a fase de coleta de documentos e informações, a autoridade realizará uma audiência de restauração, e caso seja pertinente serão ouvidas as partes e testemunhas para confirmar a autenticidade e veracidade dos documentos apresentados. Feita a audiência, o juiz decidirá sobre a reconstituição dos autos, e homologando-os se considerar que a restauração foi satisfatória. Após a homologação, os autos agora restaurados passam a ter a mesma validade dos originais, permitindo a continuidade regular processual.

16.6.5 Procedimento Especial do Tribunal do Júri

O Procedimento Especial do Tribunal do Júri, é regido conforme estabelecido na Constituição Federal pelos princípios da plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para julgar crimes dolosos contra a vida. No CPP está regulado nos artigos 406 a 497, de acordo com as alterações inseridas pela Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008.

A existência desses princípios é vital, para que haja a garantia que os julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri sejam justos e imparciais, assegurando os direitos fundamentais tanto do acusado quanto da sociedade. O Tribunal do Júri, assim, opera como uma garantia ao devido processo legal, assegurando de maneira concreta que a retirada da liberdade do acusado ocorra de forma legítima e fundamentada.

Os cidadãos exercem advindo do Tribunal do Júri um direito individual ao permitir que participem diretamente dos julgamentos, refletindo um aspecto democrático do sistema judicial. Embora se comporte como uma garantia formal prevista na Constituição, ele não é considerado um direito fundamental no sentido material, como os direitos supraestatais. Majoritariamente na doutrina, entende-se que o júri é um órgão do Poder Judiciário, mesmo com as características especiais. Apesar de não estar listado no art. 92 da Constituição Federal, o Tribunal do Júri é inegavelmente parte integrante do sistema judiciário brasileiro, contribuindo para a legitimidade e a justiça no julgamento de crimes dolosos contra a vida.

O Tribunal do Júri, conforme previsto na Constituição Federal, possui a competência para julgar crimes dolosos contra a vida como: homicídio, infanticídio, aborto e participação em suicídio, sejam eles na forma de tentados ou consumados (art. 5º, XXXVIII, d, da CF). Essa competência é considerada mínima, tendo em vista a

possibilidade de ser ampliada por legislação infraconstitucional, proporcionando abranger também delitos conexos que, devido à atração exercida pelo júri (arts. 76, 77 e 78, I, CPP), devem ser julgados pelo Tribunal Popular. No entanto, cabe ressaltar que a Súmula 603 do STF estabelece que a competência para o julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri.

Sobre a competência, relevante citar as súmulas editadas pelo STF:

> *Súmula 721. A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual.*
> *Súmula vinculante 45. A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual.*

O Tribunal do Júri é um órgão heterogêneo composto por um juiz de direito togado (presidente) e 25 jurados (art. 447 do CPP). A divisão fica em 7 jurados são sorteados para compor o conselho de sentença, que decidirá sobre a absolvição ou condenação do réu mediante votação de quesitos. Os jurados são considerados juízes leigos, ou seja, juízes de fato, sem hierarquia sobre o juiz presidente, configurando o Tribunal do Júri como um órgão que funciona de maneira horizontal. Além disso, é um órgão temporário, isto é, funcionando apenas em determinados períodos do ano.

O Tribunal do Júri apresenta algumas características que lhe são próprias, as quais definem sua estrutura e funcionamento. Trata-se de um órgão colegiado, composto por um juiz togado, o juiz-presidente, e por 25 juízes leigos, os jurados, nos termos do artigo 433 do Código de Processo Penal. Essa composição confere ao Júri uma natureza heterogênea, uma vez que é formado por membros de diferentes origens e experiências.

Além disso, o Tribunal do Júri é marcado pela horizontalidade entre seus membros, na medida em que o juiz-presidente e os

jurados possuem o mesmo grau de jurisdição no processo decisório. As decisões do Tribunal são tomadas por maioria de votos, garantindo assim a prevalência da opinião da maioria dos jurados. Outro aspecto a ser destacado é a temporariedade do Tribunal do Júri, que não funciona de forma permanente, sendo constituído em épocas determinadas para o julgamento de causas já preparadas.

Portanto, o Tribunal do Júri se apresenta como uma instituição de grande importância no sistema de justiça criminal brasileiro, garantindo a participação popular na administração da justiça, sobretudo nos casos mais graves, como os crimes dolosos contra a vida, e respeitando princípios fundamentais que asseguram tanto a ampla defesa quanto a soberania do veredicto popular.

O procedimento do Tribunal do Júri é decomposto em duas fases: 1ª Fase: *Judicium Accusationes* (juízo ou formação da acusação); 2ª Fase: *Judicium Causae* (juízo da causa), conforme será discutido a seguir.

16.6.5.1 Primeira fase do Tribunal do Júri: Judicium accusationis ou juízo de acusação

O objetivo desta etapa processual – juízo de acusação – é avaliar a admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri, ou seja, formar o sumário de culpa. Trata-se da fase destinada à produção de provas para investigar a ocorrência de crime doloso contra a vida e só então determinar a competência do tribunal do júri (plenário).

Inicia-se com o oferecimento da denúncia ou queixa e culmina com uma das seguintes decisões: pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

A primeira fase pode ser roteirizada da seguinte forma: a) apresentação da denúncia ou queixa (ação penal subsidiária da pública); b) recebimento da denúncia ou queixa; c) citação do acusado; d) apresentação de resposta escrita; e) réplica da acusação;

f) audiência de instrução e alegações finais; g) decisão (pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária. A segunda fase do procedimento somente tem início se foi prolatada uma decisão de pronúncia.

Existindo uma investigação policial de um crime doloso contra a vida, através de um inquérito policial, se forem encontrados indícios suficientes de materialidade e autoria, o Ministério Público oferece denúncia (ou o querelante, no caso de ação privada subsidiária da pública), desencadeando o início da fase de instrução preliminar ou sumário da culpa.

Esta é uma fase ocorre exclusivamente perante o juiz-presidente do Tribunal do Júri, com o objetivo de confirmar a competência do Tribunal e colher provas sob o crivo importante do contraditório e da ampla defesa, garantias do devido processo legal, as quais não existiram na fase do inquérito.

Finalizada a instrução, que se assemelha em alguns pontos com procedimento comum ordinário, o juiz poderá avaliar a admissibilidade da acusação, ou seja, se é viável ou não enviar o caso à apreciação dos jurados.

O recebimento da denúncia ou queixa pelo juiz, este que ordena a citação do acusado para que ele responda à acusação por escrito no prazo de 10 dias (art. 406, *caput*). Esse prazo começa a contar a partir do cumprimento efetivo do mandado de citação ou do comparecimento do acusado ou de seu defensor em juízo para a manifestação, nos casos de citação inválida ou por edital (art. 406, § 1º).

Ademais, ambas as partes, acusação e defesa podem arrolar até oito testemunhas em suas respectivas peças iniciais, para cada fato, sendo essencial para a estruturação da defesa e acusação.

Na resposta à acusação, o acusado pode apresentar preliminares, em que possui margem para alegar tudo o que for de seu interesse para a defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, dentro do limite de até oito, qualificando-as e requerendo sua intimação, se necessário (art. 406, § 3º).

O procedimento é pautado em garantir o contraditório e a ampla defesa, permitindo que o acusado tenha a oportunidade de impugnar a acusação de forma completa e detalhada, assegurando um julgamento justo e imparcial no Tribunal do Júri perante o caso.

Pontua-se que o termo justificações deve envolver apenas as eventuais justificativas (excludentes de ilicitude) para o cometimento da infração penal. Diferente do procedimento incidental denominado justificação, pois este se destina à produção de provas no processo.

Se o acusado não apresentar a resposta no prazo legal de 10 dias, o juiz nomeará um defensor para que a ofereça no mesmo prazo, garantindo-lhe acesso aos autos do processo e as provas elencadas. Isso assegura principalmente que o acusado tenha a oportunidade de se defender adequadamente, mesmo que de início não tenha apresentado sua resposta, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 408). A ausência de nomeação do defensor e de apresentação da resposta é causa de nulidade processual.

Este é o momento processual para apresentar as exceções: “art. 407. As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código”.

Apresentada a resposta à acusação, o juiz abrirá para a réplica, no prazo de cinco dias, portanto, ouve-se o Ministério Público ou o querelante, sobre as preliminares e/ou a juntada de documentos (art. 409).

Na sequência, o magistrado, no prazo de dez dias, analisa os requerimentos formulados e os documentos eventualmente juntados, designa audiência de instrução e julgamento, e também determina a realização das diligências cabíveis (art. 410).

A Lei 11.689/2008 instituiu a audiência única (audiência de instrução do Procedimento Especial do Tribunal do Júri), em que são colhidas as declarações do ofendido, se possível, seguidas pela inquirição das testemunhas da acusação e da defesa, nesta ordem. Além disso, são realizados os esclarecimentos dos peritos, as acareações e o reconhecimento de pessoas e objetos do processo (art. 411). Após essas etapas, o acusado é interrogado e procede-se ao debate entre acusação e defesa a respeito dos documentos e fatos ocorridos, garantindo a ampla defesa e o contraditório.

No Procedimento Especial do Tribunal do Júri, os esclarecimentos dos peritos dependem de prévio requerimento e deferimento pelo juiz de direito. As provas devem ser produzidas em uma única audiência, podendo o juiz indeferir aquelas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias sobre o caso.

Após encerrada a instrução probatória, se for aplicável, será observado o disposto no art. 384 do CPP. As alegações são orais, com a acusação e a defesa tendo cada uma 20 minutos, prorrogáveis por mais 10 minutos, para se manifestar. Se houver mais de um acusado, o tempo para a acusação e defesa de cada um será individual, respeitando a ampla defesa e contraditório. O assistente do Ministério Público terá 10 minutos para expor, prorrogáveis por igual período para a defesa, após a manifestação do Ministério Público.

Nenhum ato processual será adiado tendo em vista a audiência única, salvo se for imprescindível à prova faltante, caso em que o juiz poderá determinar a condução coercitiva de quem deva

comparecer ao tribunal. As testemunhas que comparecerem em juízo serão inquiridas independentemente da suspensão da audiência, seguindo a ordem estabelecida. Encerrados os debates, o juiz proferirá sua decisão imediatamente no tribunal ou em até 10 dias, ordenando que os autos lhe sejam conclusos para isso.

A lei estabelece que a formação da culpa no Procedimento Especial do Tribunal do Júri deve ser concluída em até 90 dias (art. 412), porém é importante observar que esse prazo é impróprio, ou seja, seu descumprimento não acarreta sanção. Em Varas ou Comarcas com grande volume de trabalho, esse prazo raramente é cumprido devido à alta demanda processual que enfrentam cotidianamente. No caso de réu preso, pode haver discussão sobre constrangimento ilegal devido ao atraso da decisão. Se não houver justificativa razoável para o atraso, o entendimento é de que o acusado deve ser colocado em liberdade para aguardar.

Posteriormente, o magistrado no Procedimento deve adotar uma das seguintes providências: a) pronunciar o réu, encaminhando-o a julgamento pelo Júri (art. 413, CPP); b) impronunciá-lo, caso não haja provas suficientes para levar o caso ao Júri (art. 414, CPP); c) desclassificar a infração penal, quando entender que o crime não é doloso contra a vida (art. 419, CPP); ou d) absolver sumariamente o acusado, se houver provas claras de sua inocência ou de causas excludentes de ilicitude (art. 415, CPP).

a) Das decisões de pronúncia, impronúncia, desclassificação e absolvição sumária

A pronúncia se define como uma decisão interlocutória mista no Procedimento Especial do Tribunal do Júri, que julga admissível a acusação, encerrando a fase de formação da culpa e iniciando a fase de preparação do plenário para o julgamento de mérito. Essa decisão

é formada por uma estrutura formal de uma sentença, incluindo relatório, fundamentação e dispositivo.

Para que o réu seja pronunciado, o juiz deve comprovar a existência do fato criminoso (materialidade) e indícios suficientes de autoria ou participação. A materialidade é geralmente comprovada por laudo pericial, mas também pode ser sustentada por outros tipos de provas, como especialmente testemunhais.

Na pronúncia, o juiz não pode se basear apenas em um convencimento íntimo a respeito do caso; deve haver prova clara da ocorrência do fato criminoso, fundamentada nos elementos colhidos durante a instrução processual. No que diz respeito aos indícios, estes são provas indiretas que, através de um raciocínio lógico, auxiliam na formação do convencimento do juiz. A atual redação do artigo 413 do CPP exige que esses indícios sejam suficientes para comprovar a autoria do crime.

Há quem defenda que nesta fase processual o juiz pode valer-se do jargão *in dubio pro societate*. No entanto, no contexto de um processo penal acusatório, é relevante criticar essa prática, eis que tal princípio é incompatível com as garantias constitucionais, como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. A decisão de pronúncia, prevista no artigo 413 do Código de Processo Penal, deve, portanto, se basear em indícios robustos de autoria e materialidade, e não em dúvidas que remetem o acusado ao julgamento pelo tribunal do júri de forma precipitada.[749]

O controle judicial sobre a admissibilidade da acusação deve ser firme e essencialmente fundamentado, evitando que casos sem viabilidade de condenação legítima sejam remetidos ao tribunal do júri. A dúvida razoável que leva o caso ao júri é aquela que permite tanto a absolvição quanto a condenação do acusado, sendo

responsabilidade do juiz togado filtrar os casos que serão julgados pelo Tribunal Popular.

A pronúncia deve ser redigida de maneira sóbria e objetiva, evitando termos injuriosos ou comentários que possam influenciar os jurados na compreensão do fato. Qualquer exagero ou inserção de mérito na decisão de pronúncia pode resultar em sua anulação, pois é crucial a moderação para que não se comprometa a soberania dos veredictos. O mesmo cuidado deve replicado ao acórdão que, em grau de recurso, resolve pronunciar o acusado, pois qualquer influência indevida sobre os jurados deve ser evitada. Sobre o tema, veja:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DA PRONÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. Nos termos do art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, a decisão de pronúncia consiste em um simples juízo de admissibilidade da acusação, satisfazendo-se, tão somente, pelo exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não demandando juízo de certeza necessário à sentença condenatória.*
> *2. No caso, o juízo singular, ao afirmar que as provas dos autos "apontam a existência do crime em análise em desfavor do réu", emitiu efetivo juízo de valor sobre a autoria do delito, de modo que foi caracterizado o excesso de linguagem.*
> *3. Ao contrário do que afirma o Parquet, a expressão utilizada pelo magistrado não indica a existência de meros indícios de autoria, sugerindo, em verdade, convencimento a respeito da autoria delitiva, de modo a poder, posteriormente, influir no ânimo dos jurados quando do julgamento do réu pelo Tribunal do Júri.*
> *4. Assim, se excesso de linguagem houve, ainda que em trecho diminuto da decisão, outra pronúncia deve ser proferida, desta vez sem máculas.*
> *5. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no AREsp n. 2.573.349/SE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/5/2024, DJe de 23/5/2024.)*

Nos casos de crimes conexos, o juiz necessita incluir tanto o crime doloso contra a vida quanto o delito conexo na pronúncia, sem proceder à análise de mérito ou admissibilidade quanto a eles no caso. Na hipótese de a denúncia ser aceita, cabe aos jurados verificar a materialidade e autoria dos delitos conexos. A pronúncia pelo crime doloso contra a vida precisa ser acompanhada da remessa dos

crimes conexos ao Tribunal do Júri, respeitando o princípio de competência do Conselho de Sentença.

Na eventualidade de alteração da pronúncia, o artigo 421, § 1º, do CPP permite que mesmo após a preclusão, condicionado ao surgimento de circunstância superveniente que modifique a classificação do delito. Por exemplo, se a vítima de uma tentativa de homicídio falecer, a acusação pode ser ajustada para homicídio consumado. Nesse caso, a ordem é abrir vista ao Ministério Público para aditamento da denúncia e à defesa para manifestação, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

O juiz, pois deve permitir a produção de provas adicionais se solicitada pela defesa, para contestar a nova prova sobre o crime introduzida nos autos. Caso seja demonstrado que a morte da vítima não decorreu da conduta do réu, a acusação sobre o réu pode ser ajustada de acordo com as novas evidências. Ao final, o juiz pode proferir uma nova pronúncia, incluindo a imputação de homicídio consumado, se as provas justificarem essa mudança.

Sobre a prescrição da pretensão punitiva estatal, dispõe o art. 117 do CP:

> *Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:*
> *[...]*
> *II - pela pronúncia;*
> *III - pela decisão confirmatória da pronúncia;*

A Quinta Turma do STJ, no julgamento do HC 826.977, decidiu, por maioria de votos, que as decisões proferidas pelo STJ em recursos contra acórdãos que confirmam a pronúncia não interrompem a prescrição, conforme o artigo 117, inciso III, do Código Penal (CP). De acordo com o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, não há base legal para que cada decisão proferida após a pronúncia interrompa o curso da prescrição, já que as causas interruptivas previstas no CP estão relacionadas ao andamento do

processo nas primeiras e segundas instâncias, onde, em regra, é formada a culpa. O ministro destacou que a única decisão do STJ que pode interromper a prescrição é aquela que restabelece a pronúncia após o réu ter sido despronunciado por um tribunal local. Nesse caso, a interrupção ocorre porque o julgamento pelo tribunal do júri só pode acontecer após essa decisão do tribunal superior. A seguir, parte da ementa a fim de elucidar a questão:

> *[...]*
> *3. [...] A questão trazida nos presentes autos se refere à inclusão ou não das decisões proferidas pelo STJ no conceito de "decisão confirmatória da pronúncia", constante no art. 117, III, do CP. [...*
> *O vocábulo "decisão" constante do dispositivo legal retromencionado possui, de fato, significado genérico e, portanto, abrangente. Cuida-se de expressão que diz respeito ao gênero dos pronunciamentos judiciais. - No entanto, não é possível considerar que a generalidade do vocábulo autoriza a interrupção da prescrição a cada decisão proferida após a pronúncia, sob pena de se desvirtuar a própria sistemática trazida no art. 117 do Código Penal. - As causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva listadas no referido dispositivo legal guardam íntima relação com o curso da ação penal em primeira e segunda instâncias, que são as instâncias nas quais, em regra, é formada a culpa. [...] Os recursos interpostos para o STJ não confirmam, propriamente, uma decisão de pronúncia ou mesmo uma sentença condenatória, porquanto incabível o reexame fático-probatório. O que se tem, em verdade, é a análise a respeito da observância à legislação infraconstitucional, nos termos do art. 105, III, da CF. [...] Não obstante a decisão proferida por esta Corte Superior revelar "pleno exercício da jurisdição penal", tem-se que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores não foram contempladas como causas interruptivas da prescrição, mas apenas as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias. Trata-se de opção política-legislativa que não pode ser desconsiderada por meio de interpretação extensiva em matéria que deve ser interpretada restritivamente. [...] Feitas essas considerações, não é possível nem recomendável inserir, como regra, as decisões proferidas pelo STJ como marcos interruptivos da prescrição, quer no inciso III quer no inciso IV do art. 117 do Código Penal, haja vista se tratar de dispositivos legais que devem ser interpretados restritivamente e que guardam estreita relação com a formação da culpa, a qual não é propriamente examinada nos recursos para os Tribunais Superiores.*
> *(HC n. 826.977/SP, Ministro Ribeiro Dantas, relator para acórdão Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/12/2023).*
> *4. Levando em consideração a pena dosada pelas instâncias ordinárias - 12 anos de reclusão, cujo prazo prescricional é de 16 anos, bem como a menoridade relativa do recorrente, que implica na redução do prazo prescricional à metade -, verifica-se o decurso do prazo entre a decisão que confirmou a pronúncia e a sentença condenatória (fls. 1.721/1.727).*
> *5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para extinguir a punibilidade do recorrente, pela prescrição da pretensão punitiva.*

(REsp n. 2.092.578/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

Assim, resta evidente que as decisões dos tribunais superiores, como as do STJ, não foram incluídas como causas interruptivas da prescrição, conforme uma opção político-legislativa que deve ser respeitada. O artigo 117, inciso IV, do CP interrompe a prescrição apenas com a publicação de sentença ou acórdão condenatório nas instâncias ordinárias, e não há justificativa para ampliar essa interpretação aos tribunais superiores.

Ainda acerca da interrupção da prescrição a Súmula 191 do STJ dispõe que predomina a interrupção da prescrição acarretada pela pronúncia, ainda que o Tribunal do Júri venha, no julgamento futuro, a desclassificar o crime.

A decisão de pronúncia é interlocutória mista não terminativa, coloca fim na primeira fase do júri, com a remessa do réu ao julgamento pelos jurados, desde que presentes indícios de autoria e de prova da materialidade (artigo 413 do CPP).

De acordo com o artigo 420, inciso I, do CPP, o acusado deve ser intimado pessoalmente, como regra geral. No entanto, em situações em que o acusado esteja em liberdade e não seja possível localizá-lo, a legislação prevê a intimação por meio de edital, conforme disposto no parágrafo único do mesmo artigo.

Além disso, o defensor dativo, nomeado para atuar em prol do acusado que não possui advogado constituído, também deve ser intimado pessoalmente, em observância ao direito de defesa ampla e efetiva. Já o defensor constituído, aquele que foi escolhido e contratado pelo acusado, bem como o querelante e o assistente de acusação, são intimados por meio da imprensa oficial, de acordo com a prática consolidada no processo penal brasileiro.

Por fim, o MP deve sempre ser intimado pessoalmente, conforme prevê o artigo 420 do CPP. Esse procedimento assegura que todas as partes, inclusive o representante do Estado, estejam formalmente cientes da decisão de pronúncia, de modo a possibilitar a continuidade do processo, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

De tal decisão cabe recurso em sentido estrito (RESE) art. 581, IV do CPP. Nos termos do art. 584, § 2 do CPP, "o recurso da pronúncia suspenderá tão-somente o julgamento", de maneira que a jurisprudência reconhece implementação ou manutenção de eventual prisão preventiva do réu.

Uma vez findando os recursos da decisão de pronúncia o art. 421 do CPP dispõe que: "preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri".

Finalizada a decisão de pronúncia, passa-se a observar as demais decisões possíveis nesta fase.

A impronúncia compreende-se como uma decisão interlocutória mista de conteúdo terminativo que encerra a primeira fase do processo (*judicium accusationis*) sem iniciar a segunda fase e sem emitir juízo de mérito, conforme previsto no art. 414 do CPP.

Quando não há prova da materialidade do crime ou indícios suficientes de autoria, o magistrado deve necessariamente impronunciar o réu, o que significa julgar improcedente a denúncia ou queixa, mas não extinguir a pretensão punitiva do Estado. Assim, se surgirem novas provas substanciais sobre o caso, um novo processo pode ser instaurado, desde que a punibilidade do réu não esteja extinta, como em casos de prescrição.

Assim, a decisão de impronúncia não constitui coisa julgada material, mas apenas formal. Dessa forma, é possível oferecer nova denúncia ou queixa caso surjam novas provas, conforme o artigo

414, parágrafo único, do CPP, desde que não tenha ocorrido alguma causa extintiva da punibilidade, como prescrição ou morte do réu.

O recurso cabível da impronúncia será a apelação, conforme art. 416 CPP.

A decisão de desclassificação da infração penal é uma decisão interlocutória simples que modifica a competência do juízo sem entrar no mérito do caso ou encerrar o processo, ou seja, dar-lhe uma nova qualificação legal, considerando os novos elementos de convicção ou até uma melhor apreciação dos mesmos fatos e provas apresentados.

O juiz só deve vir a desclassificar a infração recebida como delito doloso contra a vida, quando houver certeza irrefutável de que se trata de um crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1.º, do CPP (homicídio doloso, simples ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio ou automutilação; infanticídio ou aborto).

Essa decisão não pode ser tomada de forma leviana, pois envolve dois princípios constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do Tribunal do Júri para julgar delitos dolosos contra a vida. O juiz está condicionado ao dever de ter certeza suficiente para não subtrair, indevidamente, a competência constitucional do Tribunal Popular. Qualquer sinal de dolo voltado ao fim da vida humana deve ser respeitado pela competência do júri, pois é o povo que julga seus semelhantes em matérias de tamanha gravidade na sociedade.

A aplicação do art. 419 do CPP exige cautela, pois não é obrigatório que com a desclassificação o juiz a remeter o processo a outra Vara. Por exemplo, se a acusação envolve dois homicídios dolosos e um é desclassificado para homicídio culposo, os processos não devem ser separados, pois o delito culposo ainda deve ser julgado pelo Tribunal Popular devido à conexão entre as infrações,

garantindo a coesão do julgamento e o respeito à competência do júri.

Quando ocorre a desclassificação, a remessa dos autos ao juiz competente não deve seguir a antiga prática de abrir vista à defesa para indicar novas testemunhas, ao em vez disso, é aplicado o art. 384 do CPP, permitindo o aditamento da denúncia pelo Ministério Público e a manifestação da defesa. Na hipótese de surgirem provas indicando um crime mais grave, como extorsão mediante sequestro com resultado morte, a denúncia é aditada e a defesa deve ter a oportunidade de se manifestar e produzir novas provas no caso. Assim, assegura-se a ampla defesa e evita a criação de desigualdades entre réus submetidos a diferentes regras processuais.

Nos casos de réu preso, a alteração de competência não resulta automaticamente em sua soltura, em que a lei prevê s disposição do réu seja ao juiz competente, que pode revisar a prisão cautelar. Por exemplo, uma pessoa acusada de homicídio qualificado que passa a ser acusada de latrocínio deve continuar presa, salvo se em caso de decisão em contrário do novo juiz competente. Isso, portanto, evita que a mudança de competência resulte em liberação inadequada e garante que a prisão seja mantida quando necessária.

Contra a decisão de desclassificação, é cabível o recurso em sentido estrito, conforme o artigo 581 do CPP. A interpretação decorre da leitura do artigo 416 do CPP, que, com a alteração legislativa, passou a prever apelação para decisões de impronúncia ou absolvição sumária. Tendo em vista que legislador não fez menção à desclassificação, prevalece a regra anterior que admite o recurso *stricti juris* para essa hipótese.

Por fim, a absolvição sumária no Procedimento Especial do Tribunal do Júri é uma decisão de mérito que encerra o processo, julgando improcedente a pretensão punitiva do Estado. A Lei

11.689/2008 ampliou as hipóteses em que essa decisão pode ser tomada, conforme previsto no art. 415 CPP, na forma que as situações são: a) estar provada a inexistência do fato; b) estar provado que o réu não foi o autor ou partícipe do fato; c) estar demonstrado que o fato não constitui infração penal; d) estar demonstrada causa de isenção de pena (excludentes de culpabilidade) ou de exclusão do crime (excludentes de ilicitude).

Para a absolvição sumária, é essencial a certeza das provas colhidas, em que se houver dúvida razoável, é mais adequado proceder com a pronúncia, permitindo que o júri, como juízo constitucionalmente competente, delibere sobre o caso. A certeza exigida para a absolvição sumária deve ser verdadeiramente robusta, para se evitar que casos com elementos duvidosos sejam retirados do julgamento pelo Tribunal do Júri.

A constatação de semi-imputabilidade, onde o réu possui transtorno e incapacidade mental significativa (art. 26, parágrafo único, CP), não comporta absolvição sumária, nem impronúncia. Nesses casos, se houver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, o réu deve ser pronunciado normalmente no procedimento. A culpa, em tese, existe, e o que muda é apenas a possibilidade de redução da pena, caso o réu seja condenado.

Quando há constatação de inimputabilidade, o art. 415, parágrafo único, do CPP, estabelece que o juiz não deve absolver sumariamente o réu se a defesa apresentou outras teses, como a legítima defesa. Mesmo que o réu seja inimputável, ele pode ser absolvido com base em uma excludente de ilicitude. Nesse cenário, o juiz deve pronunciar o réu para ser julgado pelo Tribunal do Júri, caso não haja condições de absolvê-lo sumariamente. Se a tese defensiva for exclusivamente a inimputabilidade, o juiz pode absolver o réu sumariamente, impondo a medida de segurança adequada.

Dispõe o art. 416 do CPP que "contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação".

Por derradeiro, importante mencionar o tema 154 do STF:

> *TEMA: 154 - Trancamento da ação penal, em habeas corpus, por falta de justa causa, sem a submissão de acusados de crime doloso contra a vida ao Tribunal do Júri.*
> *Qualquer decisão do Poder Judiciário que rejeite denúncia, que impronuncie ou absolva, sumariamente, os réus ou, ainda, que ordene a extinção, em sede de "habeas corpus", de procedimentos penais não transgride o monopólio constitucional da ação penal pública (CF, art. 129, I) nem ofende os postulados do juiz natural (CF, art. 5º, inciso LIII) e da soberania do veredicto do Júri (CF, art. 5º, inciso XXXVIII, "c").*

16.6.5.2 Segunda fase do Tribunal do Júri: judicium causae ou juízo da causa

A fase de plenário, também conhecida como *"judicium causae"*, é o momento culminante do processo no rito do Tribunal do Júri. Ela tem início após o magistrado da primeira fase proferir a decisão de pronúncia, ou seja, quando o juiz, diante da análise das provas, conclui que há elementos suficientes que indicam a existência do crime (provas da materialidade) e indícios mínimos que apontam para a possível autoria do réu. Esta decisão não condena o acusado, mas o encaminha para ser julgado em plenário, em uma data futura, pelos sete jurados que compõem o Conselho de Sentença.

Diferente da primeira fase, que ocorre em sala de audiência, o julgamento em plenário é um evento solene e formal, onde são ouvidas as testemunhas de defesa e acusação, assim como o réu, caso ele deseje falar. É nesta fase que as partes – acusação e defesa – têm a oportunidade de expor suas teses de forma mais aprofundada durante os debates orais, que se estendem em média por um período de três a cinco horas. Cada parte tem de uma hora e meia a duas horas e meia para apresentar seus argumentos, buscando convencer os jurados sobre a culpabilidade ou inocência do réu.

Este é o ápice do processo, onde o destino do acusado será decidido. Após o término das oitivas e dos debates, os sete jurados,

cidadãos comuns escolhidos para compor o Conselho de Sentença, deliberam em segredo. Eles votam, de forma sigilosa, em perguntas formuladas sobre a materialidade e autoria do crime, e assim decidem se o réu é culpado ou inocente.

Portanto, o processo criminal, seguindo o rito do Tribunal do Júri, só alcança seu momento final após a decisão de pronúncia pelo juiz na primeira fase, que possibilita o julgamento em plenário na segunda fase, onde o veredito é dado pelos jurados após um longo e detalhado processo de análise de provas, depoimentos e argumentos.

Nos tópicos que seguem, os quais seguirão os artigos do CPP, tem-se toda fase preparativa, o julgamento no plenário, o julgamento dado pelos votos do conselho de sentença e a sentença elaborada pelo juiz presidente.

a) Da Preparação do Processo para Julgamento em Plenário

Com a preclusão da decisão de pronúncia, encerra-se a primeira fase do procedimento do júri e os autos são encaminhados ao juiz-presidente, iniciando a segunda etapa processual.

O juiz determina a intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor para, em 5 dias, apresentarem rol de até 5 testemunhas, requererem diligências e juntarem documentos (art. 422 do CPP).

Após a manifestação das partes, o juiz delibera sobre as provas, realiza diligências para sanar nulidades e elabora um relatório sucinto do processo (art. 423). Com isso, o processo é incluído na pauta de julgamento do Tribunal do Júri, encerrando a fase preparatória. Se a lei local não atribuir ao juiz-presidente o preparo, os autos são remetidos até 5 dias antes do sorteio dos jurados (art. 424, CPP).

b) Do Alistamento dos Jurados

O jurado é um cidadão comum, do povo, sem a necessidade de qualificação profissional em qualquer área. Apesar do caráter inclusivo do §1º do art. 436 do CPP, que evita discriminações na escolha dos jurados, senão veja: "§ 1º Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução", a alfabetização denota ser um requisito necessário em momentos cruciais do processo.

O art. 472 do CPP prevê a entrega de documentos como a pronúncia e o relatório do processo, e o art. 487 menciona cédulas de votação com "sim" e "não". Assim, a alfabetização é essencial para que o jurado compreenda esses elementos e desempenhe sua função adequadamente, de forma que a pessoa analfabeta não pode compor o conselho de sentença.

De fato, o jurado atua no Tribunal do Júri, com a função obrigatória e constitucional de julgar em nome da sociedade. O júri reflete a vontade popular, sendo uma expressão da democracia. Os jurados devem agir com independência e justiça, e sua decisão é tomada por votação secreta, com veredicto soberano.

O alistamento dos jurados, regulado pelos artigos 425 e 426 do Código de Processo Penal, organiza anualmente a seleção dos cidadãos que comporão o Tribunal do Júri. O artigo 425 define o quantitativo de jurados conforme a população da comarca: de 800 a 1.500 jurados nas comarcas com mais de 1 milhão de habitantes; de 300 a 700 nas comarcas entre 100 mil e 1 milhão de habitantes; e de 80 a 400 nas de menor população. Em comarcas de maior demanda, pode-se ampliar esse número e organizar listas de suplentes, como previsto no §1º.

O juiz presidente requisita a indicação de possíveis jurados de entidades locais, como associações de classe e núcleos comunitários (§2º), ampliando a representatividade social no júri.

O artigo 426 dispõe que a lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, deve ser publicada até 10 de outubro e afixada no Tribunal do Júri, com prazo para impugnações até 10 de novembro (§1º). O §3º determina que os dados dos jurados sejam mantidos em urna lacrada, com a devida verificação pelo Ministério Público, OAB e Defensoria Pública. O §4º exclui da lista os jurados que integraram o Conselho de Sentença nos últimos 12 meses, garantindo a rotatividade. Por fim, o §5º impõe a obrigatoriedade de completar a lista anualmente.

Essas regras visam garantir transparência, imparcialidade e a participação ampla da sociedade no julgamento de crimes, assegurando o caráter democrático do Tribunal do Júri.

c) Do Desaforamento

O desaforamento no procedimento do júri concilia duas regras essenciais do processo penal, quais sejam: a competência territorial, que determina o julgamento do acusado no território em que ocorreu o crime, e a garantia de imparcialidade do julgador, permitindo a transferência do julgamento quando essa imparcialidade estiver em risco devido às condições locais.

Destarte, os artigos 427 e 428 do Código de Processo Penal tratam do instituto do desaforamento, que permite a transferência de um julgamento no Tribunal do Júri para outra comarca em situações excepcionais, com o objetivo de garantir a imparcialidade do júri, a segurança do acusado ou em casos de excesso de serviço.

O artigo 427 dispõe que o desaforamento pode ser solicitado pelo Ministério Público, pelo assistente de acusação, pelo querelante,

pelo acusado ou ainda por iniciativa do juiz competente. Tal pedido é realizado quando há risco à ordem pública, dúvidas sobre a imparcialidade dos jurados ou ameaça à segurança do réu.

Nesses casos, o julgamento é transferido para outra comarca dentro da mesma região, preferencialmente a mais próxima, onde esses riscos não estejam presentes. Elucidativa a ementa a seguir colacionada:

> *HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. DESAFORAMENTO. SUSPEITAS DE PARCIALIDADE DOS JURADOS. EXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIAS CONCRETAS.FORTE INFLUÊNCIA POLÍTICA NA REGIÃO. RELEVÂNCIA DA OPINIÃO DO JUÍZO SINGULAR QUE PRESIDE A CAUSA. COMARCA DA CAPITAL. PROVIDÊNCIA NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. A fixação da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em regra, se dá no local onde se consumou a infração penal, de acordo com o disposto no artigo 70, primeira parte, do Código de Processo Penal. 2. Admite-se, contudo, de forma excepcional, a modificação desta competência em razão da verificação de eventos específicos elencados no artigo 427 do Código de Processo Penal. 3. Nos pedidos de desaforamento, por ser medida de exceção, há enorme relevância da opinião do magistrado que preside a causa sobre a possível parcialidade do júri, porquanto é quem detém a relação direta com a sociedade onde seria formado o corpo de jurados, sendo apto a informar a realidade concreta da repercussão do delito na comarca. 4. No caso em apreço, o Magistrado Singular consignou que eventual julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri no distrito da culpa estaria comprometido, pois seria forte a influência política que ele exerce na região, evidenciando que o convencimento dos jurados não se formaria de modo livre e consciente. 5. Assim, havendo a demonstração de elementos concretos e específicos passíveis de interferir na imparcialidade dos jurados e aptos a justificar o deslocamento da competência para o Tribunal do Júri da comarca da capital, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal suportado.6. Ordem denegada. (HC 219.739/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 20/03/2012)*

O parágrafo 1º do art. 427 do CPP estabelece que o pedido de desaforamento deve ser distribuído imediatamente e julgado com prioridade pela Câmara ou Turma competente. O parágrafo 2º autoriza que o relator, ao constatar a relevância dos motivos apresentados, suspenda o julgamento, desde que de maneira fundamentada.

O parágrafo 3º determina que o juiz presidente do Tribunal do Júri seja ouvido, exceto quando ele próprio tenha requerido o desaforamento. Já o parágrafo 4º dispõe que o desaforamento não será admitido quando houver recurso pendente contra a decisão de pronúncia ou quando o julgamento já tenha sido realizado, salvo se os fatos justificarem o pedido durante ou após a anulação do julgamento.

O reaforamento não é permitido, eis que não há previsão legal. Assim, mesmo cessando o motivo do desaforamento, o processo não retorna à comarca original, e se houver novo motivo que prejudique a imparcialidade nesta nova comarca, um novo desaforamento deve ser solicitado para uma comarca diferente. [750]

Outro ponto a ser explicado é que o efeito suspensivo não se aplica ao recurso que pede o desaforamento, mas o relator pode, em casos excepcionais, suspender o julgamento do júri. Se surgirem fatos novos antes do julgamento, o juiz deve interromper o processo, e se não o fizer, a medida pode ser solicitada ao relator ou, em situações urgentes, via *habeas corpus*. [751]

A nova redação sobre desaforamento omitiu a exigência de parecer do Ministério Público, que ainda deve ser ouvido, dado ser titular da ação penal. Quando o pedido é feito por um juiz ou pelo Ministério Público, o réu deve ter um prazo para se manifestar, respeitando o contraditório e a ampla defesa, conforme a Súmula 712 do STF, que considera nula a decisão de desaforamento sem a oitiva da defesa, salvo se não houver prejuízo. [752]

A Lei 11.689/2008 passou a autorizar que o relator suspenda o julgamento até a apreciação do pedido de desaforamento, mas não deve fazê-lo se o pedido for infundado. É essencial ouvir o juiz do caso antes de decidir sobre o desaforamento, pois ele pode fornecer informações relevantes. Por fim, o pedido de desaforamento só é

admissível entre a decisão de pronúncia e a sessão de julgamento, não podendo ser feito enquanto houver recurso pendente. A única exceção seria a ocorrência de fatos novos durante ou após uma sessão anulada. [753]

O artigo 428 complementa as normas sobre o desaforamento, prevendo que ele também pode ser determinado em razão de excesso de serviço. Caso o julgamento não ocorra no prazo de seis meses após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, o desaforamento poderá ser requerido, desde que o juiz presidente e a parte contrária sejam ouvidos. O parágrafo 1º estabelece que, para a contagem do prazo mencionado, não será computado o tempo decorrente de adiamentos, diligências ou incidentes que sejam do interesse da defesa. O parágrafo 2º permite que, se não houver excesso de serviço ou uma quantidade de processos pendentes que ultrapassem a capacidade do Tribunal do Júri, o acusado possa requerer ao Tribunal a imediata realização de seu julgamento.

Esses dispositivos permitem que o julgamento seja transferido para outra comarca quando a imparcialidade dos jurados ou a segurança do réu estiverem comprometidas, ou ainda em caso de atraso processual excessivo, tendo em vista o princípio da razoável duração do processo. Com isso, busca-se promover o equilíbrio entre os interesses da acusação e da defesa, garantindo tanto a celeridade processual quanto a imparcialidade no julgamento.

d) Da Organização da Pauta

Os artigos 429, 430 e 431 do Código de Processo Penal Brasileiro, introduzidos pela Lei nº 11.689, de 2008, abordam a organização da pauta de julgamentos no Tribunal do Júri, com o intuito de assegurar celeridade e a proteção dos direitos dos acusados.

O artigo 429 estabelece uma ordem de preferência para os julgamentos, priorizando inicialmente os acusados presos, evidenciando a urgência em decidir sobre a liberdade daqueles que estão detidos. Entre os acusados presos, aqueles que se encontram na prisão por mais tempo têm preferência, refletindo a necessidade de evitar a prolongação injustificada da detenção. Em caso de igualdade de condições, são priorizados os réus já pronunciados em processos anteriores, garantindo um tratamento equitativo.

A ordem de preferência do artigo 430 do Código de Processo Penal pode ser alterada por "motivo relevante", o que confere ao julgador ampla margem de atuação. Um exemplo é priorizar o julgamento de um acusado solto com prazo prescricional próximo em vez de um preso com prescrição distante. Embora os acusados presos tenham preferência, os soltos também têm direito a um julgamento em prazo razoável, conforme a Constituição e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.[754]

Em caso de réus presos, sem previsão de julgamento, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o STF afirmam que o Estado é responsável por sua estrutura judiciária, e, em caso de excesso de prazo, deve ser expedido alvará de soltura (STF, HC 87.102/SE, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.02.2006). O STJ também reconheceu o excesso de prazo devido à falta de aparelhamento do Estado, resultando na obrigação de indenização por parte do Estado em caso de violação desse direito (STJ, HC 37.342/RJ, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, rel. p/ Ac. Min. Gilson Dipp, j. 22.03.2005). [755]

> *[...] caso haja infringência à ordem preferencial fixada no caput deste artigo, o que poderá ser constatado pela publicação dessa relação, caberá a impetração de habeas corpus pelo réu que se sentir preterido, uma vez que configurado estará o constrangimento ilegal.*[756]

Além disso, o parágrafo primeiro deste artigo determina a afixação da lista de processos a serem julgados na porta do Tribunal do Júri, promovendo a transparência e a publicidade dos atos processuais. O parágrafo segundo permite ao juiz presidente reservar datas na mesma reunião para incluir processos que tenham tido o julgamento adiado, contribuindo para uma gestão eficiente do calendário de julgamentos e efetivando o princípio da publicidade.

O artigo 430 trata da admissibilidade do assistente de acusação, estabelecendo que a habilitação deve ser requerida até cinco dias antes da sessão em que se pretende atuar. Essa exigência visa garantir a organização e a previsibilidade no andamento dos trabalhos do Tribunal do Júri, evitando surpresas que possam comprometer a fluidez do processo. Todavia, "se o ofendido ou seus sucessores já tiverem se habilitado anteriormente, como assistente de acusação, poderão participar da sessão de julgamento normalmente, o que decorre do regime geral que disciplina a atuação do assistente de acusação". [757]

Por sua vez, o artigo 431 confere ao juiz presidente a responsabilidade de intimar as partes, o ofendido, as testemunhas e os peritos para a sessão de instrução e julgamento, observando as disposições do artigo 420, que regulamenta a citação e intimação. Essa norma reforça o direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurando que todos as partes e sujeitos processuais possam participar efetivamente da audiência.

Por derradeiro, a organização da pauta normatizada pelos artigos discutidos apresentam normas que não apenas visam a correta organização do Tribunal do Júri, mas também protegem os direitos dos acusados, especialmente o excesso de prazo na prisão, e mantêm a ordem processual, elementos essenciais para a realização da Justiça.

e) Do Sorteio e da Convocação dos Jurados

Os artigos 432 a 435 do Código de Processo Penal, também introduzidos pela Lei nº 11.689/2008, estabelecem de forma minuciosa os procedimentos referentes ao sorteio e à convocação dos jurados que irão participar da reunião periódica.

O processo de sorteio e convocação dos jurados se inicia com a determinação, por parte do juiz presidente, da intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e da Defensoria Pública, os quais têm a incumbência de acompanhar, em data e hora designadas, o sorteio dos jurados.

Por se tratar de ato administrativo relacionado à composição do Tribunal do Júri, e não de ato jurisdicional em um processo específico, é suficiente a presença institucional da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para garantir a lisura do ato. Portanto, não é necessária a intimação dos defensores individuais de cada advogado dos acusados que serão julgados nas pautas das reuniões periódicas.[758]

O sorteio, cuja presidência cabe ao juiz presidente, deve ser efetuado a portas abertas, garantindo assim a imprescindível transparência e a publicidade do ato processual. Durante esse sorteio, o juiz procederá à retirada das cédulas até que se complete o número de 25 jurados que participarão da reunião, seja ela periódica ou extraordinária.

A legislação em análise estabelece um prazo específico para a realização desse sorteio, que deve ocorrer entre o décimo quinto e o décimo dia útil que antecede a instalação da reunião. Ressalte-se que a audiência de sorteio não poderá ser postergada em razão do não comparecimento das partes, assegurando, assim, que o trâmite processual não sofra delongas indevidas. Ademais, os jurados que não forem sorteados poderão ter seus nomes reincluídos em sorteios

futuros, promovendo, dessa maneira, uma participação ampla, efetiva e rotativa da comunidade na composição do júri.

Gomes Filho, Toron e Badaró entendem que o § 1º do art. 433 é inconstitucional por infringir a repartição constitucional de competências legislativas. O Código de Processo Penal (CPP), ao regular o período de sorteio dos jurados na Justiça Estadual, aborda uma questão de organização judiciária, cuja competência, conforme o art. 125, § 1º da Constituição, é exclusiva dos Tribunais de Justiça dos Estados. Por essa razão, o art. 453 do CPP apenas remete à legislação local de cada Estado para disciplinar o período de reuniões do Tribunal do Júri e suas sessões.[759]

Subsequentemente ao sorteio, os jurados convocados serão notificados por meio de correspondência ou por qualquer outro meio hábil e eficaz, devendo comparecer na data e hora designadas, sob pena de sanções legais que podem incluir, entre outras, a aplicação de multas ou a configuração de falta à convocação.

Importante salientar que, no mesmo expediente de convocação, o juiz é compelido a transcrever os artigos 436 a 446 do Código de Processo Penal, garantindo que os convocados tenham acesso à legislação pertinente, o que contribui para a formação de sua consciência jurídica.

Por fim, a relação dos jurados convocados, juntamente com os nomes do acusado e dos defensores das partes, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri, informando também o dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento. Sobre o tema, interessante o trecho da ementa a seguir colacionado:

> *[...] 2. Da leitura conjunta dos arts. 433 e 435 do CPP, depreende-se que a publicação da lista de jurados é pública e realizada com antecedência, o que autoriza a parte interessada a proceder ao levantamento de informações atinentes aos jurados, no sentido de se averiguar a idoneidade de cada um. Tal expediente permite a arguição, tempore – ou seja, em plenário de Júri –, de eventual impedimento ou suspeição, e sua*

inobservância atrai a incidência da preclusão (STJ, RHC 57.035/PR, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06.04.2017, v.u.).

Tais disposições visam assegurar a publicidade, a eficiência e a legalidade do processo de seleção dos jurados, que são fundamentais para a garantia do direito ao julgamento justo e imparcial, pilares incontestáveis do Estado de Direito e da proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

f) Da Função do Jurado

Os artigos que tratam da função do jurado, arts. 436 ao 446 do CPP, estabelecem um conjunto de normas que regem a obrigatoriedade, direitos, deveres e responsabilidades dos jurados no contexto do Tribunal do Júri.

O artigo 436 institui a obrigatoriedade do serviço do júri, que abrange cidadãos com idade igual ou superior a 18 anos e de notória idoneidade. O júri que contar com a participação de jurado com menos de 18 anos será considerado absolutamente nulo, devido a um vício na composição do órgão julgador.[760]

O serviço do júri é apreciado como um serviço público relevante (art. 439, CPP) e é essencial para a formação do devido processo legal dos acusados de crimes dolosos contra a vida (art. 5.º, XXXVIII, d, CF). Por tal razão, a participação no júri é obrigatória para todos os brasileiros, respeitando os requisitos legais. Em relação à recusa, deve-se observar as disposições específicas dos arts. 436, § 2.º, e 438, *caput*.[761]

Importante ressaltar que, conforme o § 1º, a inclusão no serviço do júri é garantida independentemente de cor, etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social, origem ou grau de instrução, promovendo, assim, um princípio de inclusão e igualdade. É de se lembrar a ressalva já realizada quanto à jurado analfabeto, dada a

dificuldade que ele terá e a possível confusão ao preencher as cédulas de votação.

Ainda sobre a não discriminação, ela deve ser amplamente observada, conforme o § 1º do art. 436, que proíbe tanto a exclusão de jurados de diversas etnias e credos quanto a imposição de uma composição homogênea do conselho de sentença. É inadmissível que o réu escolha jurados com base em critérios discriminatórios. Assim, a formação de um Conselho de Sentença exclusivamente indígena, mesmo em uma reserva, é inadequada, embora a inclusão de indígenas seja desejável em localidades com forte presença dessa etnia. Além disso, o alistamento de jurados deve refletir a pluralidade da sociedade, buscando equilíbrio entre homens e mulheres. Embora desvios no sorteio sejam possíveis, a composição final do júri não deve apresentar grandes discrepâncias de gênero, embora seja viável que o conselho seja formado apenas por um gênero em decorrência do sorteio ou das recusas.[762]

É de se mencionar que o réu não pode buscar subterfúgios para discriminar os jurados, interessante a decisão do STJ a seguir transcrita:

> *[...]*
> *I – Não encontra amparo jurídico a pretensão formulada em prol do paciente consistente na tese de que em sendo ele negro, o Conselho de Sentença competente para o julgamento do homicídio por ele praticado deveria ser exclusivamente formado por pessoas da mesma raça. Tal discriminação, por ele proposta, mostra-se desarrazoada, conflitante com o princípio da isonomia. II – Como bem enfatizado pelo Parquet: a pretensão em que o réu seja julgado por quem pertença à sua cor ou raça, ou contrário de atender ao postulado da igualdade material, contraria o princípio da isonomia assegurado no artigo 5.º da CF, já que parte de uma premissa apriorística, a parcialidade do 'outro', fundada na raça ou cor; ademais, não se ajusta ao objetivo preconizado no art. 3.º, I, da CF, de se construir uma 'sociedade solidária'; finalmente, vai de encontro aos expressos termos do § 1.º do art. 436 do CPP (na redação dada pela Lei n.º 11.689/08): 'Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução'. III – Ademais, o crime praticado não possui qualquer conotação racial, capaz de sustentar a dúvida levantada, no sentido de que a decisão dos jurados teria sido tomada em decorrência de concepções*

preconceituosas em desfavor da raça negra. Trata-se, ao que parece, de crime passional comum. IV – Impende assinalar, ainda, não ter o impetrante demonstrado ser aberrante o veredicto popular, de forma a poder evidenciar que a decisão não encontrou qualquer respaldo no caderno processual. Ordem denegada" (HC 121.813/SC, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 04.03.2010

Ademais, o § 2º do mesmo artigo impõe penalidades em caso de recusa injustificada ao serviço, com a aplicação de multa que varia de um a dez salários mínimos, a critério do juiz, considerando a condição econômica do jurado. A função de jurado é, portanto, um dever cívico que visa à participação da população na administração da justiça.

No artigo 437, são elencadas as pessoas que estão isentas do serviço do júri, como autoridades políticas, magistrados, membros do Ministério Público e outros servidores públicos, destacando-se a necessidade de proteger a integridade e a independência do serviço judiciário.

Já o artigo 438 prevê a escusa de consciência, assim a recusa ao serviço do júri, quando fundamentada em convicção religiosa, filosófica ou política, obriga o jurado a prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão de seus direitos políticos até que cumpra a atividade imposta, desde que o juiz atenda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, são isentos do serviço do júri: a) o Presidente da República e os Ministros de Estado; b) os Governadores e seus respectivos Secretários; c) membros do Poder Legislativo Federal, Estadual, Distrital ou Municipal; d) os Prefeitos Municipais; e) os Magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública; f) os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública; g) as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública; h) os militares em serviço ativo; i) maiores de 70 anos que requeiram dispensa; j) aqueles que, demonstrando justo

impedimento por meio de requerimento exposto até o momento da chamada dos jurados, salvo os casos de força maior, forem dispensados por ato motivado do juiz-presidente (arts. 443 e 444).

O artigo 439, conforme já mencionado anteriormente, estabelece que o exercício da função de jurado é considerado serviço público relevante e confere presunção de idoneidade moral ao jurado, além de garantir prisão especial em caso de crime comum, até o julgamento definitivo. Tal artigo corrobora a relevância social do papel do jurado, que é essencial para a justiça popular.

Os direitos do jurado são mais detalhados nos artigos subsequentes. O artigo 440 garante ao jurado preferência em condições de igualdade em licitações públicas e provimento de cargos, assim como no caso de promoção funcional. O artigo 441 protege o jurado contra descontos em seu salário durante o cumprimento da função, assegurando a sua dignidade enquanto exerce esse papel.

O exercício da função de jurado não é remunerado, embora devesse ser, segundo o ensinamento de Nucci, considerando a perda de tempo e os gastos com transporte, além da perda de rendimentos para autônomos e profissionais liberais. A reforma da Lei 11.689/2008 não abordou essa lacuna.[763]

O descumprimento das obrigações do jurado é penalizado conforme disposto no artigo 442, que prevê multa para aqueles que não comparecerem sem causa legítima, assim como no artigo 443, que estipula que somente serão aceitas escusas fundamentadas em motivos relevantes. A dispensabilidade do jurado é prerrogativa do juiz presidente, conforme o artigo 444, que assegura a formalização da decisão na ata dos trabalhos.

No que tange à responsabilidade, o artigo 445 estabelece que o jurado, no exercício de sua função, será responsabilizado

criminalmente nos mesmos termos dos juízes togados, garantindo que a justiça seja igualmente aplicada a todos os envolvidos no processo. Por fim, o artigo 446 estende as disposições relativas a dispensas e faltas aos jurados suplentes, garantindo a equidade no tratamento jurídico.

Os artigos acima discutidos traçam um panorama detalhado das atribuições, direitos e responsabilidades dos jurados, enfatizando a importância de sua função na administração da justiça e a necessidade de um tratamento justo e respeitoso em todas as etapas do Tribunal do Júri.

g) Da Composição do Tribunal do Júri e da Formação do Conselho de Sentença

Os artigos que regem a composição do Tribunal do Júri e a formação do conselho de sentença, delineiam uma estrutura normativa vital para assegurar a idoneidade e a legitimidade desse importante órgão jurisdicional, que desempenha um papel fundamental no sistema de justiça brasileiro.

De acordo com o art. 447 do CPP, o Tribunal do Júri é constituído por um juiz togado, que atua como presidente, e por 25 jurados, dentre os quais 7 serão selecionados por meio de sorteio para compor o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

Ademais, o at. 448 aborda a questão dos impedimentos para a formação do conselho de sentença, visando a evitar que vínculos familiares e de convivência influenciem as deliberações dos jurados. Assim:

> *Art. 448. São impedidos de servir no mesmo Conselho:*
> *I – marido e mulher;*
> *II – ascendente e descendente;*
> *III – sogro e genro ou nora;*
> *IV – irmãos e cunhados, durante o cunhadio;*
> *V – tio e sobrinho;*
> *VI – padrasto, madrasta ou enteado.*

> *§ 1º O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar.*
> *§ 2º Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados.*

Nesse sentido, tal disposição legal reforça, assim, a imprescindibilidade de uma atuação isenta e imparcial no âmbito do julgamento.

Na continuidade dessa análise, o art. 449 do CPP estabelece que jurados não poderão participar de julgamentos se tiverem funcionado em um julgamento anterior do mesmo processo ou se houverem manifestado qualquer predisposição, seja para condenar ou absolver o réu. Essa norma visa garantir que todos os jurados atuem de maneira isenta e equidistante das partes, assegurando a equidade e a justiça no processo penal. Tal entendimento já era defendido pela Súmula 206 do STF: "é nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo".

Com a sistemática estabelecida pela Reforma de 2008, que determina o encerramento da apuração dos votos assim que se atinja mais de três votos positivos ou negativos em cada quesito, não se sustenta mais a ideia de que a participação de um jurado impedido ou suspeito geraria nulidade apenas se seu voto tivesse relevância matemática no resultado final, como em uma votação de quatro a três.[764]

Em consonância com o que foi exposto até aqui, o art. 450 do CPP impõe que, entre os jurados que se encontram impedidos, aquele que for sorteado em primeiro lugar será o que efetivamente servirá no Conselho de Sentença, promovendo, dessa maneira, a continuidade do processo sem prejuízo à sua regularidade, o parente sorteado em seguida, será dispensado. Tal disposição normativa é fundamental para assegurar a continuidade dos trabalhos e a

eficácia dos julgamentos, evitando a paralisação das atividades jurisdicionais.

Inobstante a legislação estipule que deve servir o jurado "sorteado em primeiro lugar", essa expressão deve ser compreendida como a designação de um jurado que não tenha sido recusado. Neste sentido, caso um jurado sorteado inicialmente seja recusado sem justificativa, sua vaga poderá ser ocupada por outro jurado, mesmo que este não tenha sido o primeiro a ser sorteado. Essa mesma linha de raciocínio se aplica nos casos em que o jurado inicialmente sorteado não puder servir em razão da aceitação de uma exceção de suspeição ou de uma arguição de impedimento.[765]

Por sua vez, o art. 451 assegura que os jurados excluídos em razão de impedimento, suspeição ou incompatibilidade sejam considerados na formação do número necessário para a realização da sessão, evitando que tais circunstâncias comprometam a funcionalidade do Tribunal do Júri, garantindo, assim, a realização do ato jurisdicional conforme os preceitos legais estabelecidos.

Por último, mas não menos importante, o art. 452 do CPP permite que um mesmo Conselho de Sentença conheça de mais de um processo no mesmo dia, desde que haja aceitação das partes envolvidas. Nessa hipótese, os integrantes do Conselho deverão prestar um novo compromisso, o que garante a formalidade e a seriedade do ato jurisdicional, ao mesmo tempo em que possibilita a celeridade na tramitação dos feitos.

h) Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri é aberto pelo juiz-presidente com a presença do promotor, escrivão e oficiais de justiça, sinalizado pelo toque da campainha. Em seguida, o juiz solicita ao oficial de justiça que realize a chamada dos jurados sorteados que estão presentes. Após

isso, o juiz analisa os pedidos de dispensa feitos pelos jurados, conforme melhor detalhado a seguir.

Os arts. 453 ao 472 estabelecem diretrizes fundamentais sobre a reunião e as sessões do Tribunal do Júri, conferindo especial atenção à organização e à dinâmica das atividades jurisdicionais.

O artigo 453 estabelece que o Tribunal do Júri deve reunir-se para a realização de sessões de instrução e julgamento conforme os períodos e as normas estipuladas pela legislação local de organização judiciária. Essa disposição normativa demonstra a necessidade de uma estrutura jurisdicional que respeite as particularidades regionais, garantindo, assim, a adequação do processo à realidade local.

Em continuidade, o artigo 454 confere ao juiz presidente a prerrogativa de decidir sobre casos de isenção e dispensa de jurados, bem como sobre pedidos de adiamento de julgamento, determinando que tais deliberações sejam devidamente consignadas em ata. Essa formalidade é de suma importância, pois assegura a transparência e a legalidade das decisões tomadas antes do início dos trabalhos, proporcionando um respaldo jurídico a eventuais contestações que possam surgir no curso do processo.

> *A palavra "isenção" no art. 454 não deve ser interpretada como se referindo aos "isentos" do serviço do júri, previstos no art. 437, mas no sentido de "escusa" fundada em motivo relevante, para não participar daquela sessão de julgamento (CPP, art. 443). Os "isentos" sequer integram a lista geral dos jurados; já as "escusas" se referem aos jurados sorteados para a reunião periódica, mas que, por "motivo relevante devidamente comprovado", não compareceram à sessão de julgamento.*[766]

No que se refere à ausência do MP, o artigo 455 estabelece que, na hipótese de não comparecimento, o juiz presidente deverá adiar o julgamento para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, dando ciência às partes e às testemunhas sobre tal deliberação. O parágrafo único desse artigo ressalta que a ausência injustificada do

representante do *Parquet* deverá ser prontamente informada ao Procurador-Geral de Justiça, destacando a relevância do controle e da responsabilização no exercício das funções do órgão do MP.

Ademais, o artigo 456 trata da ausência do advogado do acusado, preconizando que, se não houver escusa legítima e nenhum outro advogado tiver sido constituído, o fato deverá ser notificado ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. O § 1º deste artigo ainda prevê que o julgamento somente será adiado uma única vez, determinando que o acusado seja julgado quando novamente convocado. O § 2º impõe que "na hipótese do § 1º deste artigo, o juiz intimará a Defensoria Pública para o novo julgamento, que será adiado para o primeiro dia desimpedido, observado o prazo mínimo de 10 (dez) dias".

> *Se o não comparecimento do defensor for justificado, nenhuma providência deverá ser tomada, além do simples adiar da sessão, com a designação de nova data para o primeiro dia desimpedido da própria reunião periódica, sem a necessidade de observância do prazo de dez dias, previsto no § 2º, pois o acusado será defendido, novamente, pelo seu defensor constituído e não por representante da defensoria pública. Além disso, havendo escusa legítima para o não comparecimento (p. ex.: por motivo de saúde), caso haja nova ausência do defensor, o julgamento poderá ser adiado novamente.*[767]

O artigo 457, por sua vez, estabelece que a falta do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante não acarretará o adiamento do julgamento, desde que devidamente intimados. Os parágrafos subsequentes enfatizam que pedidos de adiamento e justificativas para ausências devem ser submetidos ao juízo antes da abertura da sessão, preservando a ordem e a previsibilidade do processo. Neste sentido, se a ausência se der por justa razão, a sessão de julgamento deverá ser adiada.

> *[...] 4. Pela atual redação do art. 457, caput, do Código de Processo Penal a ausência do réu (solto) à sessão do Júri não é motivo para adiar o julgamento. 5. Na espécie, a defesa técnica já tinha conhecimento do dia em que seria o Júri realizado e o réu foi intimado com tempo suficiente para se deslocar até a comarca onde foi o ato realizado.*

Não o fazendo, não pode suscitar nulidade que, em tal caso, se apresenta desarrazoada" (STJ, HC 186.396/PB, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.03.2013)

No que concerne às testemunhas, o artigo 458 preconiza que a ausência injustificada de uma testemunha poderá resultar em penalidades, incluindo a aplicação de multa e a responsabilização pelo crime de desobediência.

Enquanto o artigo 459 prevê a aplicação de normas específicas aos testemunhos convocados para o Tribunal do Júri, conforme o disposto no artigo 441 do Código, ou seja, não haverá qualquer redução nos vencimentos ou no salário das testemunhas que comparecerem ao Tribunal do Júri para prestar seu depoimento.

O artigo 460 determina que, antes da constituição do Conselho de Sentença, as testemunhas devem ser isoladas, de modo a evitar a contaminação dos depoimentos.

No artigo 461, a legislação aborda a questão da intimação das testemunhas, dispondo que, se uma testemunha intimada não comparecer, o juiz presidente poderá suspender os trabalhos e determinar a condução coercitiva da mesma ou adiar o julgamento. Essa previsão assegura que o processo não seja prejudicado pela falta de testemunhas essenciais.

O artigo 461 do Código de Processo Penal também que a única exceção possível para o adiamento do julgamento, ocorre quando a testemunha foi arrolada com caráter de imprescindibilidade durante o requerimento de sua oitiva. Nesse caso, o julgamento deverá ser realizado no primeiro dia desimpedido da mesma reunião, e a testemunha será conduzida coercitivamente para prestar seu depoimento. Além disso, cabe à parte que arrolou a testemunha o dever de fornecer o endereço correto para a intimação. Para que o adiamento seja justificado, a intimação deve ser feita por oficial de justiça, e, em caso de a testemunha não ser localizada, a parte

deverá ser intimada para fornecer um novo endereço antes da sessão, de modo que uma nova intimação seja realizada.[768]

O artigo 462 destaca a responsabilidade do juiz presidente em verificar a urna, averiguando a presença das cédulas dos jurados sorteados antes do início da sessão. Com efeito, o artigo 463 estipula que, na presença de pelo menos 15 jurados, os trabalhos poderão ser instalados, enquanto os parágrafos do mesmo artigo tratam da certificação da presença dos jurados e do tratamento dos jurados excluídos por impedimentos.

A instalação dos trabalhos no Tribunal do Júri ocorre após a chamada dos jurados, sendo necessário um mínimo de 15 presentes. O juiz ou outro serventuário anuncia o processo a ser julgado, desde que também estejam presentes as partes e testemunhas. O oficial de justiça realiza o pregão, informando o processo e as partes, momento em que as nulidades relativas devem ser levantadas, sob pena de preclusão.

O número mínimo de jurados, 15, é mantido mesmo após o sorteio, exceto em casos de impedimento ou suspeição. É ilegal "emprestar" jurados de outro plenário para atingir o número mínimo, pois isso prejudicaria a preparação das partes para contestar eventuais impedimentos ou recusas (STJ, HC 168.263/SP, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20.08.2015). Os jurados devem ser escolhidos entre os 25 convocados por edital, garantindo tempo para a verificação de possíveis impedimentos.[769]

Caso não se atinja o número mínimo de jurados, o artigo 464 estabelece que será realizado um novo sorteio de suplentes, com designação de uma nova data para a sessão. Os nomes desses suplentes serão registrados em ata, conforme o artigo 465, e as instruções sobre impedimentos e suspeições deverão ser esclarecidas

antes do sorteio dos membros do Conselho, conforme preceitua o artigo 466.

O art. 466 do CPP aborda, sem rigor técnico, os conceitos de impedimentos, incompatibilidades e suspeições. Na verdade, os impedimentos referem-se a situações de incompatibilidade, como relações de parentesco entre membros de um órgão colegiado, conforme o art. 448.[770]

Em caso de quebra da incomunicabilidade, prevista no § 1º do art. 446, o jurado será excluído, o que resultará na dissolução do Conselho de Sentença e na nulidade da sessão, já que inexiste a figura do jurado reserva no júri brasileiro.

O § 1º do art. 466 determina que o juiz presidente advertirá os jurados sobre a incomunicabilidade, cuja violação acarretará a dissolução do Conselho e uma multa ao jurado entre 1 e 10 salários-mínimos. A incomunicabilidade visa evitar a influência de jurados uns sobre os outros e de terceiros. Embora não seja absoluta, impede que os jurados se comuniquem entre si ou com estranhos durante o julgamento. A comunicação é permitida sob supervisão do juiz e deve se limitar a assuntos não relacionados ao caso em julgamento.

Por tal razão, o oficial de justiça deve certificar a incomunicabilidade dos jurados nos autos, evitando nulidades baseadas no art. 564, inciso III, j, do CPP.

Por sua vez, o artigo 467 determina que, após a verificação das cédulas, o juiz presidente sorteará os 7 jurados que comporão o Conselho de Sentença. A dinâmica de recusa de jurados, estabelecida no artigo 468, permite que tanto a defesa quanto o Ministério Público possam recusar até três jurados, sem necessidade de justificativa, o que promove um equilíbrio no processo de seleção dos jurados.

O artigo 469 é relevante ao permitir que a recusa de jurados em casos com múltiplos acusados seja realizada por um único defensor, e a separação dos julgamentos só ocorrerá se, em decorrência das recusas, não for possível alcançar o número mínimo de jurados.

> *Art. 469. Se forem 2 (dois) ou mais os acusados, as recusas poderão ser feitas por um só defensor.*
> *§ 1º A separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de 7 (sete) jurados para compor o Conselho de Sentença.*
> *§ 2º Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato ou, em caso de co-autoria, aplicar-se-á o critério de preferência disposto no art. 429 deste Código.*

Com a Reforma de 2008, no regramento de jurados suplentes, não foi mantida a regra do antigo § 4º do art. 445 do CPP, que impedia a readmissão de jurados substituídos durante a sessão periódica. No entanto, essa prática ainda deve ser seguida. Após o sorteio dos suplentes, os jurados originalmente designados para a sessão que não comparecerem são excluídos, e suas cédulas não retornam à urna. O juiz presidente deve sortear suplentes até completar os 25 jurados, e esses suplentes serão convocados e intimados para comparecer à próxima sessão da reunião periódica.[771]

Os artigos subsequentes, até o artigo 472, tratam da formalização e da ritualística do início dos trabalhos, bem como da exortação do juiz presidente aos jurados para que estes julguem com imparcialidade e de acordo com sua consciência, reforçando o compromisso do Conselho de Sentença com a Justiça.

O juramento dos jurados está descrito no art. 472:

> *Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:*
> *Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.*
> *Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:*
> *Assim o prometo.*
> *Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.*

Com efeito, a nova configuração trazida pela Lei nº 11.689/2008 para o Tribunal do Júri reflete uma busca por maior celeridade, publicidade e proteção dos direitos fundamentais no âmbito da jurisdição penal, estabelecendo normas claras que guiam a condução das sessões e a participação dos diversos sujeitos envolvidos no processo.

i) Da Instrução em Plenário

As normas referentes à instrução em plenário estão dispostas nos arts. 473 ao 475 do CPP. A Lei nº 11.689/2008 introduziu significativas mudanças no rito procedimental do Tribunal do Júri, com especial destaque para a alteração na ordem de produção das provas durante a fase de instrução.

Em conformidade com as inovações trazidas pela referida legislação, o interrogatório do acusado, que anteriormente era o primeiro ato do processo, passou a ser o último ato de natureza probatória, o que permite maior lógica na construção do contraditório e na ampla defesa. Essa alteração reflete uma preocupação com a preservação dos direitos do acusado, garantindo que ele possa se manifestar de maneira mais ampla após a produção de todas as demais provas e depoimentos, proporcionando, assim, uma melhor estruturação de sua autodefesa e, como consequência, da defesa técnica.

Dispõe o art. 473 do CPP:

> Art. 473. *Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.*

Assim, o artigo 473 determina que, após o compromisso prestado pelos jurados, inicia-se a instrução, que é um momento crucial em que o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o

querelante e o defensor do réu tomam as declarações do ofendido, se possível, e realizam a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação. Essa sequência de atos é fundamental para garantir que a acusação tenha a oportunidade de apresentar seu caso de maneira clara e eficaz.

As perguntas realizadas ao ofendido e às testemunhas é realizada de forma sucessiva e direta, não apenas pelo juiz, mas também pelo Ministério Público, assistente de acusação, querelante e defensor do acusado, permitindo-se ainda que os jurados, caso assim o desejem, formulem questionamentos, as quais serão encaminhadas ao juiz, que as apresentará às testemunhas ou ao ofendido. No entanto, "é de se observar que, no caso de ação penal privada subsidiária, primeiramente deverá perguntar o querelante, que é a parte principal, e depois dele o Ministério Público, que apenas intervém em todos os atos da ação privada".[772]

Em consonância com o art. 212 do Código de Processo Penal, as partes — tanto a acusação quanto a defesa — terão a oportunidade de formular perguntas diretamente às testemunhas e ao ofendido, sem que haja intermediação do juiz, salvo nos casos em que as perguntas se revelem impertinentes, repetitivas ou que possam induzir resposta.

Já em relação às indagações realizadas pelos jurados, vige o sistema presidencialista de colheita de provas, no qual os jurados fazem os questionamentos, mas o juiz intermedia a pergunta.

> *De se observar que o art. 473 apresenta uma incoerência, quando comparado com o art. 212 do Código, os dois dispositivos fruto da Reforma de 2008. Ambos preveem perguntas diretas pelas partes, mas enquanto no plenário do júri as perguntas são feitas inicialmente pelo juiz presidente, e somente depois, dá-se a palavra para as partes, no regime geral da prova testemunhal, as perguntas são inicialmente formuladas pelas partes (art. 212, caput), e somente depois o juiz poderá "complementar a inquirição" fazendo perguntas sobre "pontos não esclarecidos" (art. 212, parágrafo único). A razão da contradição pode ser o fato de que os destinatários da prova testemunhal, no tribunal do júri, são juízes leigos, e se as partes tivessem a*

> *palavra para iniciar a inquirição das testemunhas, poderiam, de forma abusiva, fazer perguntas sugestivas ou capciosas, gerando situações com o potencial de induzir o Conselho de Sentença a erros. Assim, as perguntas iniciais do magistrado podem contribuir para evitar esses problemas, posto que às partes restariam apenas as reperguntas.*[773]

Após a oitiva das testemunhas de acusação, passa-se à inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, sendo observada a mesma ordem e o mesmo procedimento utilizado anteriormente, com a diferenciação de que, neste caso, o defensor do réu realizará as perguntas primeiro, logo após o juiz-presidente e, por fim, a acusação faz sua inquirição. Essa nova sistemática visa a garantir a paridade de armas entre as partes e a assegurar que todos os atores processuais possam se manifestar em plenário, sem prejuízos à produção da prova.

No parágrafo terceiro do citado artigo, o legislador permite que as partes e os jurados solicitem acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, esclarecimentos dos peritos e a leitura de documentos que se refiram exclusivamente a provas colhidas por carta precatória ou a provas cautelares. Essa possibilidade visa garantir que todos os elementos necessários para a formação do convencimento dos jurados sejam apresentados de maneira clara.

O artigo 473, § 3º, do Código de Processo Penal proíbe a utilização de provas produzidas durante o inquérito policial na sessão de julgamento, exceto para provas cautelares, antecipadas ou irrepetíveis. Essa disposição busca assegurar a oralidade e a dinâmica do Tribunal do Júri, garantindo que as provas sejam apresentadas diretamente na sessão, permitindo que os jurados ouçam as testemunhas e tenham um contato mais direto com os fatos.

A crítica às práticas anteriores, em que os jurados se baseavam em relatos das partes sobre provas não debatidas, destaca a

importância dessa mudança para a formação de sua convicção. O artigo 155 do CPP também reforça que as decisões judiciais devem se basear em provas produzidas em contraditório, evitando que elementos do inquérito sejam usados sem debate em plenário. Com a instituição do juiz de garantias e a separação dos autos do inquérito, os elementos da investigação não podem ser utilizados no julgamento, exceto em casos específicos, preservando os direitos do acusado e garantindo que o julgamento ocorra com base em provas devidamente debatidas.[774]

Importante destacar a impossibilidade de leitura dos meios de prova produzidos no juízo de acusação, ou seja, na primeira fase, durante a sessão de julgamento no Tribunal do Júri. Embora essas provas sejam obtidas sob o contraditório, elas não foram produzidas perante o Conselho de Sentença, o que limita a capacidade dos jurados de questionar as testemunhas. A mera leitura de depoimentos anteriores pode gerar dúvidas que poderiam ser esclarecidas por meio de perguntas diretas aos depoentes, o que não ocorre se apenas se lê os depoimentos. [775]

Assim, a leitura de depoimentos antigos fere o direito ao confronto do acusado, que inclui a oportunidade de inquirir as testemunhas na presença do juiz. Destarte, a defesa não deve se restringir a receber informações de provas anteriores sem o devido contraditório. Exceções à regra são apontadas, como a possibilidade de leitura de provas cautelares, antecipadas, irrepetíveis ou colhidas por carta precatória, em situações específicas, como quando a testemunha já tiver falecido ou estiver impossibilitada de comparecer. A nova sistemática visa promover um júri verdadeiramente oral, assegurando que os jurados tenham um contato direto com a prova e possam formá-la adequadamente para suas decisões. [776]

Antes da reforma de 2008, a leitura de peças era ilimitada e, em alguns casos, levava horas ou até dias, uma vez que as partes tinham o direito de solicitar a leitura integral do processo, o que tornava o procedimento excessivamente longo e por vezes tedioso. A reforma limitou essa prática, como foi possível explicar nos parágrafos antecedentes. Dessa forma, a intenção do legislador foi a de conferir maior celeridade ao julgamento, sem, contudo, prejudicar o direito de defesa, uma vez que as partes ainda podem mencionar o teor das peças durante os debates orais, quando possuem tempo limitado para sustentar suas teses.

O artigo 474 do Código de Processo Penal determina que o interrogatório do acusado ocorra após a instrução, que inclui a oitiva do ofendido e das testemunhas. Essa mudança foi implementada na reforma de 2008, visando alinhar o procedimento do júri ao que ocorre nos procedimentos comuns.

No entanto, essa ordem do interrogatório tem sido criticada pela doutrina, especialmente no contexto do Tribunal do Júri. Argumenta-se que o interrogatório deveria ocorrer antes da oitiva das testemunhas, permitindo que o Ministério Público, o juiz e os jurados conheçam a defesa do acusado antes de ouvir as provas da acusação. Essa abordagem seria fundamental para que os jurados possam formular perguntas relevantes e compreender a tese defensiva. O interrogatório não apenas informaria os jurados sobre as acusações, mas também serviria como base para a elaboração dos quesitos.[777]

Se o interrogatório acontecer após a prova testemunhal, a defesa levantada pelo acusado durante seu interrogatório não poderá ser provada, pois a fase de produção de provas já terá sido concluída. Portanto, para garantir que o direito à autodefesa seja efetivo, é

sugerido que o interrogatório ocorra antes da oitiva das testemunhas durante a sessão de julgamento.[778]

Com efeito, a fase de instrução no plenário do Tribunal do Júri encerra-se com o interrogatório do acusado, que, se estiver presente, terá a oportunidade de exercer seu direito de autodefesa, inobstante a crítica tecida pela doutrina. Nesse momento, as perguntas serão feitas diretamente ao réu, seguindo-se a ordem estabelecida em lei, nos termos do art. 188 do CPP, iniciando-se pelo Ministério Público, seguido pelo assistente de acusação, querelante, defensor e, por fim, pelos jurados, que mais uma vez formularão suas indagações por intermédio do juiz.

Importante mencionar que ao formular a pergunta do jurado, o juiz deve cuidar para que não seja subjetiva, capciosa ou indutiva:

> *[...] 1. Cinge-se o recurso à alegação de nulidade, porquanto a pergunta feita por uma das juradas ao réu, durante seu interrogatório, teria sido subjetiva, capciosa e indutiva, quebrando a incomunicabilidade do júri. 2. Nos termos dos arts. 473, §§ 2º e 3º, e 474, § 2º, do Código de Processo Penal, os jurados podem formular perguntas ao acusado e às testemunhas, por meio do Juiz presidente. 3. As alegações recursais passam ao largo de argumentação essencial, qual seja, de que a própria defesa, além de não ter requerido a dissolução do Conselho de Sentença, ainda contribuiu e sugeriu que o ora agravante demonstrasse como se deram os fatos, para que a questão suscitada fosse totalmente esclarecida". (STJ, AgRg no AREsp 90.146/MS, 6ª T., rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado TJSP), j. 03.02.2015).*

Além disso, é crucial que o juiz informe o acusado sobre seu direito ao silêncio e explique aos jurados que o silêncio não é prova de culpa e tampouco deve ser usado para condenar o réu.

Ademais, é de se enfatizar o direito ao silencio parcial, de maneira que o réu pode escolher responder as perguntas apenas da defesa. O juiz não pode impedir o réu de exercer seu direito de permanecer em silêncio parcial durante o interrogatório. O STJ já reafirmou que o acusado tem o direito de escolher não responder perguntas do juiz e do promotor, limitando-se a responder apenas as

indagações de sua defesa (6ª Turma, STJ, RHC n. 187.129/ES. rel. min. Sebastião Reis Júnior, j. em 22/9/2023).[779]

A discussão se expande ao mencionar que, no tribunal do júri, o direito ao silêncio é ainda mais significativo, sendo vedado que a acusação use o silêncio do réu contra ele. A prática de registrar perguntas não respondidas nos autos para prejudicar o réu é considerada abusiva e uma violação do devido processo legal, podendo ser interpretada como crime de abuso de autoridade. Destarte, apesar dos avanços na proteção desse direito, ainda existem desafios para sua plena implementação, exigindo um compromisso de todos os atores do sistema judiciário em respeitar e garantir as liberdades fundamentais do acusado. [780]

De fato, o direito ao silêncio é essencial para a defesa e a dignidade da pessoa humana, existindo a necessidade de um judiciário que proteja esses direitos sem ambiguidade, promovendo um julgamento justo e imparcial em consonância com o sistema acusatório.

Outro ponto relevante a ser destacado no parágrafo terceiro do art. 474 é a vedação do uso de algemas durante a permanência do acusado no plenário do júri, salvo em situações excepcionais que justifiquem tal medida, garantindo, assim, o respeito à dignidade do acusado e a integridade do ambiente de julgamento, norma em consonância com a Súmula Vinculante n. 11.

O artigo 474-A, acrescentado pela Lei nº 14.245 de 2021, traz um importante avanço ao assegurar que todos os envolvidos no processo respeitem a dignidade da vítima durante a instrução em plenário. O juiz presidente é encarregado de garantir o cumprimento desse dispositivo, sendo vedadas manifestações sobre elementos alheios aos fatos em apuração e a utilização de linguagem ou material que possa ofender a dignidade da vítima ou das testemunhas. Esse artigo

reflete uma preocupação com o tratamento respeitoso e digno das pessoas envolvidas no processo penal, buscando evitar, sobretudo, a vitimização secundária, em caso de vítima sobrevivente e em caso de vítima falecida, aos parentes dela.

Em situações em que houver mais de um réu, a legislação processual prevê que cada um deles deverá ser interrogado separadamente, de forma que aqueles que ainda não foram ouvidos não assistam ao interrogatório dos outros, assegurando assim a individualidade de suas defesas e evitando contaminações de provas.

Por fim, com o objetivo de garantir maior fidelidade e celeridade no registro dos depoimentos e dos interrogatórios, o novo regramento permite que tais atos processuais sejam gravados por meio de técnicas modernas, como gravação magnética, eletrônica ou estenotipia, com a posterior transcrição do conteúdo nos autos. Essa inovação busca assegurar que as declarações das partes sejam registradas de forma precisa, diminuindo o risco de distorções e, ao mesmo tempo, otimizando o tempo do procedimento judicial.

Se o registro for feito de forma resumida, como já permitido pela legislação brasileira, existirá nulidade do depoimento, conforme o art. 564, IV, do CPP, por não observação da formalidade do ato. Em tal caso, o prejuízo emanará do prejuízo da fidelidade do depoimento. De fato, o resumo ou a frase arrancada do contexto podem levar a amplas confusões.

Em caso de audiência gravada por meio audiovisual é desnecessária a degravação da instrução:

> *[...] 2. Há determinação legal no sentido de não ser necessária a degravação de depoimentos colhidos por meio audiovisual, nos termos no artigo 405, § 2º do CPP. Há mais, o Conselho Nacional de Justiça orienta no mesmo sentido. 3. A colheita da prova efetuada na primeira fase do Júri, caso dos autos, poderá ser repetida em plenário, podendo, nessa etapa, incidir o art. 475, parágrafo único do CPP" (STJ, HC 239.454/RS, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.06.2014)*

Assim, as inovações trazidas pela Lei nº 11.689/2008 refletem uma tentativa de aprimorar o procedimento do Tribunal do Júri, equilibrando a necessidade de celeridade processual com a observância estrita dos direitos fundamentais do acusado, especialmente no que diz respeito à ampla defesa e ao contraditório. A nova sistemática também busca evitar a repetição desnecessária de atos processuais e promover um julgamento mais célere, respeitando a razoável duração do processo, e compreensível às partes e ao corpo de jurados.

j) Dos Debates

Findada a instrução com o interrogatório do réu, tem-se início os debates em plenário, os quais estão regulados nos arts. 476 a 479.

Destarte, "trata-se do momento em que acusação e defesa explanarão perante os jurados suas teses, examinando as provas angariadas ao processo". Com efeito, "os seguintes aspectos relevam: a ordem da exposição, o tempo de explanação e, por fim, os limites impostos às partes".[781]

O conjunto normativo delineia as diretrizes que regem os debates durante a fase de julgamento, conferindo a cada parte envolvida a oportunidade de expor suas alegações de forma organizada e equânime.

No primeiro artigo, o artigo 476, é estabelecido que, uma vez encerrada a instrução, cabe ao MP a prerrogativa de proferir a acusação, sempre dentro dos limites definidos pela pronúncia ou pelas decisões que posteriormente determinaram a admissibilidade da acusação, "sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante". O parágrafo primeiro estabelece que, após a sustentação do *parquet*, o assistente, caso exista, terá a chance de se manifestar.

Ademais, o § 2º regulamenta que, nas ações penais de iniciativa privada, o querelante fala primeiro, exceto se o MP retomar a titularidade da ação, conforme previsto no artigo 29 do Código de Processo Penal. Após as exposições da acusação, a defesa tem a palavra, conforme estipulado no § 3º, com a possibilidade de réplica e tréplica, permitindo a reinquirição de testemunhas já ouvidas.

Nucci explica outra hipótese de o querelante iniciar o debate, quando a ação é privada, com desmembramento de uma ação pública, o querelante se manifesta primeiro, seguido pelo Ministério Público como fiscal da lei (*custos legis*). Nesse papel, o Ministério Público não atua como acusador, por isso, seu tempo de fala não deve ser incluído no período reservado à acusação. O juiz deve estabelecer um tempo específico para a manifestação do *custos legis*, que pode ser acordado entre as partes, mas não deve exceder 45 minutos, metade do tempo destinado à acusação ou defesa.[782]

O promotor não pode abrir mão de sua arguição na acusação, sob pena de nulidade, conforme o artigo 564,I e III do CPP. Existe uma divergência sobre a possibilidade de o Ministério Público solicitar a absolvição do acusado. Embora esse pedido seja aceitável em função da independência funcional, o representante do Ministério Público deve primeiro apresentar a acusação e as provas, para então concluir pleiteando a absolvição. Dessa forma, os jurados, ao conhecer os fatos e as provas, ainda podem optar pela condenação, caso discordem da conclusão do MP.[783]

Transitando para o artigo 477, o tempo destinado tanto à acusação quanto à defesa é delimitado em uma hora e meia, com réplica e tréplica de uma hora cada. O § 1º menciona que, na hipótese de múltiplos acusadores ou defensores, deverá haver uma combinação prévia quanto à distribuição do tempo, sendo que, na falta de um acordo, o juiz presidente procederá à divisão, sempre

respeitando os limites estabelecidos. Importante ressaltar que, no caso de haver mais de um acusado, o tempo para a acusação e defesa será aumentado em uma hora, e o tempo da réplica e da tréplica será duplicado, conforme disposto no § 2º.

O STJ já decidiu que inexistindo o acordo acerca do tempo, o juiz não pode, unilateralmente alterar tal prazo, ainda que seja para dilatar, sendo a hipótese, causa de nulidade:

> *HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS CONSUMADOS E TENTADOS. INCÊNDIO DA BOATE KISS. SESSÃO DE JULGAMENTO PERANTE A CORTE POPULAR. TEMPO DE DEBATES. ART. 477 DO CPP. DILAÇÃO DO PRAZO. NECESSIDADE DE ACORDO ENTRE AS PARTES. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.*
> *1. A plenitude de defesa é um dos princípios constitucionais básicos que amparam o instituto do júri (art. 5º, XXXVIII, da CF/1988), razão pela qual é louvável a decisão do Magistrado que busca efetivar tal garantia aos acusados.*
> *2. Entretanto, é importante que as normas processuais que regem o referido instituto sejam observadas, a fim de que sejam evitadas futuras alegações de nulidades.*
> *3. Considerado o rigor formal do procedimento do júri, não é possível que, unilateralmente, o Juiz de primeiro grau estabeleça prazos diversos daqueles definidos pelo legislador (CPP, art. 477), para mais ou para menos, sob pena de chancelar uma decisão contra legem.*
> *4. Esta Corte Superior possui o entendimento de que, diante das peculiaridades do Tribunal do Júri, o fato de ter havido sustentação oral em plenário por tempo reduzido não implica, necessariamente, a conclusão de que o réu esteve indefeso.*
> *5. Não obstante, nada impede que, no início da sessão de julgamento, mediante acordo entre as partes, seja estabelecida uma divisão de tempo que melhor se ajuste às peculiaridades do caso em questão.*
> *6. Ordem concedida para cassar a decisão de origem, na parte em que modificou o tempo de debates, réplica e tréplica.*
> *(HC n. 703.912/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 30/11/2021.)*

Antes da Lei 11.689/2008, o direito aos apartes não era expressamente previsto, mas era utilizado no júri pela tradição[784]. A parte contrária tinha possibilidade de solicitar apartes a debater do que era dito em plenário, e, em caso de recusa da parte contrária, o juiz presidente poderia intervir para conceder a palavra à parte interessada, desde que o aparte fosse relevante ao tema em discussão. Assim, a partir da reforma legislativa a parte que está com

a palavra não pode mais denegar a intromissão da outra, pois tal interferência deverá, se não consentida por quem faz o uso da palavra, ser autorizada pelo Magistrado.[785] O direito aos apartes está previsto no art. 497, XII, do CPP. Se bem maneado, o aparte pode esclarecer o júri e contribuir positivamente para o debate.[786]

Sobre o tema, ilustrativo aparte narrado por Tranjan:

> *Desmoralizados os depoimentos, o advogado, excelente orador, iniciou a peroração: "- Jurados! É inconcebível, é inacreditável que, na capital da República, em pleno ano de 1936, um promotor público ouse afrontar a nossa inteligência, pedindo a condenação de um réu primário baseado em depoimentos de prostitutas, cafetinas e pederastas passivos! Os senhores..." [...] "- E Vossa Excelência queria que, um crime ocorrido na zona do Mangue, eu arrolasse como testemunhas as alunas do Colégio Sion?". Era o promotor Rufino de Loy, entre irritado e sorridente. Era o aparte fulminante.*[787]

No entanto, o abuso desse direito pode ser controlado pela parte adversa ou pelo juiz, que pode indeferi-lo. Frisa-se que se trata de um controle judicial ou regulamentado, nos termos do art. 497, XII, do CPP, eis que em caso de recusa da parte, ele deriva de um requerimento ao juiz presidente pelo aparteante, o qual pode concedê-lo por até três minutos, os quais serão acrescidos ao lapso temporal do orador.

O indeferimento sistemático e imotivado pode constituir cerceamento de defesa e anular o julgamento. Assim, o aparte deve ser tratado com ética e respeito, sendo um elemento essencial para a dinâmica dos debates no Tribunal do Júri. [788]

Segundo entendimento do STJ a réplica é um direito exclusivo da acusação. Se o promotor optar por não usar, a defesa não pode exigir a réplica, nem ter direito à tréplica. A defesa não deve reservar argumentos importantes para a tréplica, pois esta só ocorre se houver réplica e em caso de não ter utilizado tais argumentos, perderá a oportunidade. [789]

No entanto, caso o promotor faça qualquer observação sobre o mérito ao recusar a réplica, a defesa pode então ter direito à tréplica, eis que se trata da denominada réplica indireta ou reflexa. Esclarecedora a lição de Walfredo Cunha Campos:

> *E se, após a manifestação da defesa, o promotor não replicar, mas disser, por exemplo, que não irá fazê-lo porque a defesa não conseguiu destruir a acusação? Nesse caso, tal manifestação pode ser considerada como réplica, e assim deve o juiz presidente avisar à acusação que irá conceder o direito à defesa de treplicar e que, portanto, se quiser, que continue o discurso, utilizando-se, se assim o desejar, de seu tempo legal de fala.*[790]

Se a acusação não for à réplica, a defesa não tem direito automático à tréplica, já que esta só é justificada como resposta à réplica. A jurisprudência reforça que a simples recusa sucinta da réplica pelo promotor não justifica a abertura de tempo para tréplica (STJ-AgInt no AREsp 971.119/SP, 5.ª T., rel. Joel Ilan Paciornik, j. 02.08.2018).[791]

Ademais, o STJ já decidiu que no Tribunal do Júri, o assistente da acusação tem direito à réplica, ainda que o MP tenha concordado com a tese de legítima defesa e recusado a réplica. A negativa desse direito caracteriza cerceamento da acusação, justificando a anulação do julgamento e a realização de um novo. O recurso especial foi provido para determinar um novo julgamento. (REsp n. 1.343.402/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21/8/2014).

A defesa pode inovar sua tese na tréplica, desde que atue no interesse do réu e não apresente fatos ou provas novas. Embora alguns considerem que isso viola o princípio do contraditório, a defesa tem o direito de se manifestar por último, especialmente no Tribunal do Júri, onde prevalece a plenitude de defesa. Argumentos jurídicos novos são permitidos, e cabe à acusação antecipar as possíveis teses da defesa. Jurisprudências divergem sobre essa questão, com alguns julgados permitindo a inovação, enquanto

outros veem nisso uma violação ao contraditório (sobre o tema, veja: STJ/REsp 1.451.538/DF, 6.ª T., rel. Rogerio Schietti Cruz, j. 08.11.2018; TJSP, Ap. 130.336-3/8, São Paulo, 5.ª C., rel. Celso Limongi, 09.12.1992; TJ/MG APR 10134140133619004-MG, 6.ª C., rel. Rubens Gabriel Soares, j. 28.04.2020).

O § 4º do art. 476 disciplina que é cabível a "a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário", razão pela qual as testemunhas não serão dispensadas e serão mantidas incomunicáveis até o final do julgamento, pois podem ser ouvidas novamente durante a réplica, tréplica ou por solicitação dos jurados ou do juiz. Se as partes ou os jurados dispensarem a testemunha, ela pode ir embora, mas deve permanecer, caso inexista dispensa. A reinquirição de testemunhas deve ocorrer dentro do tempo destinado à parte que a solicitou, evitando que essa prática prolongue indevidamente o julgamento. Isso evita abusos, como o uso da reinquirição para estender o tempo de exposição de fatos relevantes às partes.

O artigo 478, por sua vez, traz à tona um aspecto crucial do processo, ao proibir, sob pena de nulidade, que as partes façam referências à decisão de pronúncia ou a qualquer determinação anterior que possa prejudicar o acusado, bem como menciona o silêncio do réu ou a ausência de seu interrogatório como elementos que não podem ser utilizados em sua desvantagem.

Ademais, já foi explicado, quando do interrogatório, o réu pode exercer o direito ao silêncio parcial, escolhendo responder apenas as perguntas da defesa. Destarte, tampouco a escolha ao direito parcial pode ser mencionada de forma pejorativa ao réu, eis que se configura nulidade diante da afronta ao princípio da plenitude de defesa.

Esta vedação se torna uma salvaguarda fundamental para assegurar que o julgamento seja conduzido de maneira justa e

imparcial, livre de pré-julgamentos, que possam emergir da condição do réu, garantindo o direito à amplitude de defesa.

> *Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:*
> *I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;*
> *II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo*

Seguindo a lógica do devido processo legal, o artigo 479 estabelece a proibição de leitura de documentos (art. 232, CPP) ou a exibição de objetos que não tenham sido previamente juntados aos autos com uma antecedência mínima de três dias úteis, conforme previsto em seu parágrafo único, que abrange também a leitura de qualquer tipo de escrito ou material audiovisual. Essa regra visa garantir o direito ao contraditório e, como consequência, ao devido processo legal, permitindo que todas as partes tenham ciência prévia do conteúdo que será debatido em plenário.

O STF entende que "se o documento ou objeto não guarda relação direta com os fatos retratados nos autos e imputados ao agente, desnecessária sua juntada dentro do tríduo legal". Ademais, a corte suprema dispõe que a inobservância do prazo para juntada dos documentos é causa de nulidade relativa, sendo necessário comprovar o efetivo prejuízo da parte prejudicada (REsp 1.339.266/DF 2012/0173687-3, 6.ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 03.06.2014).

Se o juiz autorizar a exibição de novas provas, sem que a parte prejudicada registre formalmente seu protesto em ata, ou se houver concordância expressa ou tácita da outra parte em plenário, não será possível impugnar essa exibição posteriormente. Trata-se de nulidade relativa, que exige tanto a demonstração do prejuízo quanto o registro do protesto para ser arguida. [792]

A jurisprudência admite a apresentação de gráficos, croquis ou desenhos feitos pela parte, que não reproduzam laudos dos autos ou não estejam relacionados à cena do crime ou ao corpo da vítima, sem a necessidade de ciência prévia. Por exemplo, a defesa pode exibir um croqui para demonstrar a distância entre a casa do réu e da vítima, usando um mapa comum para sustentar o argumento. A proibição do art. 479 do CPP visa evitar que novos documentos diretamente relacionados à situação fática surpreendam a outra parte, comprometendo o contraditório, como ocorreu em caso no STJ onde a juntada de um laudo psicológico sem intimação prévia resultou em nulidade (AgRg no AREsp 2.320.392/MG, 5.ª T., rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 30.05.2023).[793]

Por derradeiro, o art. 480 prevê que, no desenrolar dos debates, tanto a acusação quanto a defesa e os jurados podem, a qualquer momento, solicitar esclarecimentos ao orador acerca do conteúdo que está sendo lido ou mencionado. Isso reforça a ideia de um processo democrático, em que os jurados precisam ter total discernimento do que está sendo debatido, eis que ao término dos debates, serão questionados se estão aptos a julgar ou se necessitam de mais informações, conforme previsto no § 1º. Caso surja dúvida sobre qualquer questão fática, o juiz presidente se compromete a prestar esclarecimentos à vista dos autos, garantindo assim que todos os elementos relevantes para a decisão sejam devidamente considerados.

Em casos em que a verificação de um fato essencial para o julgamento não possa ser realizada de imediato, o artigo 481 estabelece que o juiz dissolverá o Conselho, determinando as diligências necessárias. Isso inclui a nomeação de um perito e a formulação de quesitos, permitindo que as partes também possam

indicar assistentes técnicos, assegurando um processo que respeite a ampla defesa e o contraditório.

Assim, os artigos que foram analisados, ao disporem sobre os debates no Tribunal do Júri, procura garantir que o processo penal seja conduzido com rigor e justiça, resguardando os direitos das partes e promovendo um ambiente que favoreça a verdade e a equidade na administração da justiça. O respeito a esses preceitos é imprescindível para a consolidação de um Estado Democrático de Direito que se preocupa em proteger as garantias fundamentais de todos os sujeitos envolvidos no processo.

k) Do Questionário e sua Votação

O momento do questionário é o de responder aos quesitos relativos ao fato criminoso em julgamento, são "as perguntas escritas, sobre o fato criminoso e o acusado, por meio das quais os jurados decidem a causa".[794]

Está disciplinado nos artigos 482 a 491 do Código de Processo Penal (CPP). Destarte, a votação dos quesitos é um procedimento que visa assegurar que a decisão sobre o réu seja tomada de maneira clara, objetiva e sigilosa, respeitando os princípios do devido processo legal.

Esta parte do procedimento inicia-se com a formulação de quesitos pelo juiz-presidente, que redige perguntas simples e afirmativas, baseando-se nos elementos já levantados no processo, como a pronúncia e as alegações das partes. Portanto, sua "deve ser clara, breve, simples, adequada à compreensão média, dispensando qualquer esforço de interpretação"[795], assim, as respostas de tais perguntas devem se restringir a "sim" ou "não".

O juiz-presidente do Tribunal do Júri deve elaborar os quesitos com base nos termos da sentença de pronúncia, que serve como o

principal limite da acusação. Com a reforma do júri, o libelo-crime acusatório foi extinto, e a pronúncia tornou-se a principal fonte de orientação para a formulação dos quesitos. A jurisprudência confirma que os quesitos devem estar em consonância com a pronúncia, sem inovação na acusação, conforme descrito nos autos (TJ/RS -Apelação 70079370409, 3.ª Câmara Criminal, rel. Rinez da Trindade, j. 23.05.2019).[796]

De fato, a última parte do parágrafo único do art. 482 institui a fonte de formulação dos quesitos, quais sejam: a decisão de pronúncia, o interrogatório do acusado e as alegações das partes.

Com efeito, a Lei 11.689/2008 reforçou a necessidade de incluir no questionário do júri as alegações feitas pelo réu em seu interrogatório, como parte fundamental de sua autodefesa. Antes da lei, havia controvérsia sobre a necessidade de o magistrado incluir as teses levantadas pelo réu, mesmo que não ratificadas pelo defensor. Com a nova legislação, essa questão foi resolvida, garantindo que a autodefesa, como parte essencial do direito de defesa, seja respeitada. O defensor, por sua vez, deve agir com cautela para não entrar em conflito com a tese apresentada pelo réu, evitando que este fique indefeso.[797]

Além disso, as alegações das partes são essenciais para a formulação do questionário. A acusação deve respeitar os limites da pronúncia, podendo inovar apenas em questões secundárias, como a introdução de uma agravante. Já a defesa tem total liberdade para levantar teses diversas, subsidiárias ou alternativas. A jurisprudência confirma que, caso a defesa sustente uma tese desclassificatória, o juiz deve incluir um quesito correspondente no questionário. Se essa obrigação não for cumprida, ocorre nulidade por violação à plenitude de defesa, conforme interpretação da jurisprudência.[798]

É de se explicar que a alteração introduzida pela Lei 11.689/2008 no procedimento do Tribunal do Júri eliminou a apreciação, pelos jurados, dos quesitos relacionados às agravantes e atenuantes. Agora, cabe exclusivamente ao juiz presidente decidir sobre essas questões no momento da fixação da pena. No entanto, é necessário que os fatos que fundamentam as agravantes e atenuantes sejam discutidos nos debates, salvo quando essas circunstâncias coincidirem com qualificadoras, como no caso de homicídio qualificado (art. 121, § 2º do Código Penal). Nesses casos, as qualificadoras devem constar desde o início na denúncia, passando pela pronúncia, e, posteriormente, serem submetidas à votação dos jurados.

> *Os jurados não devem ser inquiridos sobre qualificadoras não reconhecidas da pronúncia, nem têm a disponibilidade de transformá-las em agravantes simples, para admiti-las em agravantes simples, para admiti-las como meramente gradativas da pena" (STF, HC 64.678-6/RS, 1ª T., rel. Min. Rafael Mayer, j. 27.02.1987, v.u., RT 619/376).*

A ementa do STJ abaixo colacionada dispõe que a acusação não pode introduzir, no julgamento, uma agravante que corresponda a uma qualificadora já presente na acusação, pois isso violaria o procedimento legal. Se o promotor tentar apresentar um fato qualificável como agravante de maneira separada, haveria uma violação dos artigos 483, V, e § 3º, II, do Código de Processo Penal, bem como uma invasão das competências do Conselho de Sentença, que deve decidir sobre as qualificadoras de forma autônoma. No caso específico abaixo transcrito, a traição, emboscada e dissimulação, que são qualificadoras do homicídio, deveriam constar da pronúncia e ser votadas pelos jurados, não podendo ser analisadas diretamente pelo juiz na dosimetria da pena.

> *[...] 5. A alteração procedimental decorrente da Lei 11.689/2008 expurgou da cognitio dos jurados os quesitos relativos às agravantes e às atenuantes, cabendo ao juiz presidente decidi-las por ocasião da fixação da pena, bastando que sejam alegados os*

fatos ensejadores das agravantes e atenuantes nos debates, salvo quando, de forma concomitante, configurarem qualificadoras (CP, art. 121, § 2º), caso em que devem constar desde o início na imputação e, posteriormente, na pronúncia e para então serem quesitadas. É, pois, vedado ao órgão acusador suscitar na sessão de julgamento agravante correspondente à figura de qualificadora, como se constituísse fato diverso, sob pena de violação do art. 483, V, e § 3º, II, do Código de Processo Penal. Nesse diapasão, o mesmo raciocínio, relativo às agravantes similares às qualificadoras de homicídio, aplica-se às circunstâncias judiciais, porquanto haveria verdadeira usurpação da competência funcional do conselho de sentença de decidir acerca das qualificadoras, escamoteadas de agravantes ou circunstâncias judiciais, bem como flagrante violação ao procedimento especial do Tribunal do Júri. 6. No caso, o fato valorado negativamente pelo juízo singular, na segunda fase da modelo trifásico, consistiu na circunstância do crime, relativa à traição, à emboscada e à dissimulação. Trata-se, inequivocamente, de circunstância qualificadora do crime de homicídio, nos termos do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, motivo pelo qual se impõe sua presença na pronúncia e nos quesitos a serem votados, sendo inviável a apreciação direta pelo juiz presidente na dosimetria da pena-base" (STJ, HC 290.013/SP, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 03.08.2017, v.u.).

Esses quesitos são apresentados ao Conselho de Sentença, composto pelos jurados, e visam esclarecer os fatos do caso, efetivando o julgamento pelos jurados.

A ordem dos quesitos segue uma estrutura lógica: primeiramente, os jurados respondem sobre a materialidade do fato, ou seja, se o crime realmente ocorreu, e sobre a autoria ou participação do réu.

Em outros termos, não se indaga do Conselho de Sentença se o réu cometeu um homicídio, mas se alguém desferiu tiros em outrem, causando-lhe lesões, que o levaram à morte; o acusado teria concorrido para isso, atuando de determinada maneira. Nota-se, pois, que os fatos oferecidos à apreciação dos jurados são diversos de uma mera pergunta relativa ao crime de homicídio (matéria de direito).[799]

Caso mais de três jurados respondam negativamente a qualquer desses pontos, o julgamento é encerrado com a absolvição do réu. No entanto, se os jurados confirmarem a materialidade e autoria, prossegue-se com a indagação sobre a absolvição. Se os jurados optarem pela condenação, o julgamento continua com perguntas sobre causas de diminuição de pena ou circunstâncias que possam qualificá-la ou aumentá-la.

Veja:

> *Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre;*
> *I – a materialidade do fato;*
> *II – a autoria ou participação;*
> *III – se o acusado deve ser absolvido;*
> *IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;*
> *V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.*

O CPP trata da obrigatoriedade do quesito absolutório no Tribunal do Júri, que deve ser formulado de maneira genérica, perguntando apenas se o réu deve ser absolvido, sem especificar as razões defensivas que poderiam levar à absolvição, mesmo que se trate de uma tese única. Alguns juristas defendem a individualização das teses, mas essa interpretação não encontra amparo na Lei 11.689/2008, que busca simplificar o questionário do júri.[800]

Importante mencionar a súmula 156 do STF, "é absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório".

Além disso, se os jurados optarem pela absolvição mesmo em contradição com as provas dos autos, a decisão pode ser anulada por meio de apelação, conforme previsto no art. 593 do Código de Processo Penal. Isso ocorre quando a decisão dos jurados é "manifestamente contrária à prova dos autos", por exemplo, se houver evidências claras de autoria ou materialidade do crime, mas o réu é absolvido. Em julgamento recente do STF, o Ministro Fachin defendeu que "é cabível recurso de apelação, nas hipóteses em que a decisão do tribunal do júri, amparado em quesito genérico, revelar-se manifestamente contrária à prova dos autos" (ARE 1225185).

Embora existam debates sobre a possibilidade de absolvição por clemência, isto é, sem fundamento em teses factuais, mas baseando-se em sentimentos de piedade ou compaixão. Nesses casos, a absolvição não se baseia em provas, mas em um juízo de valor, ela não pode ser considerada "contrária à prova dos autos", já que a

clemência não é um fato a ser provado, mas uma questão subjetiva, baseada em sentimentos.

Tais discussões foram realizadas no âmbito do ARE 1225185, sendo firmada a tese de cabe recurso de apelação com base no artigo 593, III, d, do CPP, que permite a anulação de uma decisão do Tribunal do Júri quando esta for considerada "manifestamente contrária à prova dos autos". Esse recurso pode ser interposto pela acusação quando os jurados absolvem o réu com base em quesito genérico de absolvição, mas que contraria as evidências apresentadas no processo.

No entanto, se os jurados acolherem uma tese de clemência, ou seja, se absolverem o réu por piedade ou compaixão, e tal decisão estiver compatível com a Constituição e precedentes do STF, não é cabível um novo julgamento. Nesse caso, a clemência, desde que justificada pelas circunstâncias dos autos e pelas normativas constitucionais, pode ser aceita como um fundamento legítimo, sem a necessidade de submeter o caso a um novo Júri.

> *1. É cabível recurso de apelação com base no artigo 593, III, d, do Código de Processo Penal, nas hipóteses em que a decisão do Tribunal do Júri, amparada em quesito genérico, for considerada pela acusação como manifestamente contrária à prova dos autos. 2. O Tribunal de Apelação não determinará novo Júri quando tiver ocorrido a apresentação, constante em Ata, de tese conducente à clemência ao acusado, e esta for acolhida pelos jurados, desde que seja compatível com a Constituição, os precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal e com as circunstâncias fáticas apresentadas nos autos". Tudo nos termos do voto do Ministro Edson Fachin (Redator para o acórdão). Não votou na fixação da tese a Ministra Cármen Lúcia, ausente justificadamente. Não votou o Ministro Nunes Marques, sucessor do Ministro Celso de Mello, que já votara em assentada anterior. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 3.10.2024. (STF – Tema 1087).*

Por outro lado, a utilização da clemência pela defesa não pode ser irrestrita, se contrariar os limites basilares do Estado Democrático de Direito, como a tese da legitima defesa da honra, o julgamento pode ser anulado para a realização de um novo tribunal do júri.

A tese da “legítima defesa da honra” é frequentemente utilizada como justificativa em casos de feminicídio e violência contra a mulher. O STF, no julgamento da ADPF 779, afirmou que essa tese é incompatível com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade de gênero e da proteção à vida, estabelecidos na Constituição Federal. O uso dessa tese nos processos judiciais foi considerado uma perpetuação da desigualdade de gênero e da violência doméstica, e sua aplicação passou a ser vedada em qualquer fase do processo, tanto na primeira fase, quanto no julgamento perante o Tribunal do Júri.

A decisão também estabelece que, se a defesa ou acusação utilizar a tese da legítima defesa da honra, o ato processual será anulado, com a possibilidade de apelação pelo Ministério Público. Além disso, fica permitido o controle das decisões de absolvição genérica do Tribunal do Júri que possam estar baseadas nessa argumentação discriminatória, permitindo a anulação da sentença sem ferir a soberania dos veredictos.

> *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigo 23, inciso II, e art. 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. “Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Procedência parcial da arguição. 1. A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. 2. Referido recurso viola a dignidade da pessoa humana e os direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III , e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação do feminicídio e da violência contra a mulher. O acolhimento da tese teria o potencial de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção. 3. A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a*

vedação de todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio. 4. Na hipótese de a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da "legítima defesa da honra" (ou de qualquer argumento que a ela induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação apelar na forma do art. 593, inciso III, alínea a, do Código de Processo Penal. 5. É inaceitável, diante do sublime direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que o acusado de feminicídio seja absolvido, na forma do art. 483, inciso III, § 2º, do Código de Processo Penal, com base na esdrúxula tese da "legítima defesa da honra". Há de se exigir um controle mínimo do pronunciamento do tribunal do júri quando a decisão de absolvição se der por quesito genérico, de forma a avaliar, à luz dos atos processuais praticados em juízo, se a conclusão dos jurados se deu a partir de argumentação discriminatória, indigna, esdrúxula e inconstitucional referente ao uso da tese da legítima defesa da honra. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada parcialmente procedente para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), da proteção da vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 23, inciso II, ao art. 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento; e (iv) diante da impossibilidade de o acusado beneficiar-se da própria torpeza, fica vedado o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese da legítima defesa da honra com essa finalidade. 7. Procedência do pedido sucessivo apresentado pelo requerente, conferindo-se interpretação conforme à Constituição ao art. 483, inciso III, § 2º, do Código de Processo Penal, para entender que não fere a soberania dos vereditos do tribunal do júri o provimento de apelação que anule a absolvição fundada em quesito genérico, quando, de algum modo, possa implicar a repristinação da odiosa tese da legítima defesa da honra.
(ADPF 779, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-10-2023 PUBLIC 06-10-2023)

O procedimento de leitura dos quesitos no Tribunal do Júri, conforme o artigo 484 do Código de Processo Penal (CPP), impõe que após a formulação dos quesitos, o juiz-presidente deve lê-los em plenário e indagar às partes se têm alguma reclamação ou objeção. Esse momento é crucial, pois qualquer oposição deve ser feita nesse

momento, sob pena de preclusão, ou seja, a perda do direito de impugnar posteriormente. Se houver algum defeito grave nos quesitos que cause perplexidade aos jurados, isso poderá acarretar nulidade absoluta, podendo resultar na anulação do julgamento. Todas as reclamações e decisões sobre os quesitos devem ser registradas em ata para permitir futuras discussões em recursos. Em casos mais leves, a nulidade será relativa, e caberá à parte demonstrar o prejuízo causado e a alegação de nulidade deve ser realizada imediatamente.[801]

A jurisprudência dos tribunais superiores, como o STF e STJ, reforça que irregularidades na formulação dos quesitos devem ser apontadas imediatamente após sua leitura, sob pena de preclusão, e que a impugnação deve constar da ata de julgamento (STJ, HC 119.781/AC, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01.09.2011; STF, HC 60516/SP, 1ª T., rel. Min Néri da Silveira, j. 04.02.1983).

O sigilo da votação é garantido através de um procedimento cuidadoso: o juiz distribui cédulas as opções "sim" e "não", e os jurados depositam suas respostas em urnas separadas. Nenhuma intervenção é permitida durante a votação, e qualquer conduta que possa perturbar o livre convencimento do Conselho de Sentença é rigorosamente controlada.

Após a contagem dos votos, o escrivão registra no termo o resultado da votação, que será tomado por maioria de votos, ou seja, uma vez que a maioria dos votos é formada, não há continuidade de contagem das cédulas. Caso alguma resposta dos jurados esteja em contradição com outras já dadas, o juiz explicará a contradição e submeterá novamente a questão à votação.

Por fim, o termo de votação (art. 491) é assinado pelo juiz, jurados e pelas partes envolvidas, formalizando o resultado do

julgamento. Esse processo é fundamental para garantir que a decisão dos jurados seja fruto de um processo deliberativo justo e baseado nas provas e argumentos apresentados durante o julgamento. O objetivo é garantir que a justiça seja realizada de forma imparcial e transparente, assegurando os direitos do réu e a legitimidade do veredicto.

l) Da sentença

Após a votação dos quesitos pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri, cabe ao juiz-presidente proferir a sentença, que pode ser condenatória ou absolutória, conforme previsto no artigo 492 do Código de Processo Penal. A sentença deve observar os critérios estabelecidos, sendo a condenação a mais complexa, especialmente quando resultante de penas graves.

De fato, a sentença no Tribunal do Júri (art. 492) é proferida pelo juiz-presidente, isso se dá em razão de que os jurados não possuem conhecimento técnicos suficiente para lidar com questões de dosimetria da pena, por exemplo.

Assim, logo após a decisão dos jurados nos casos de condenação, o juiz deve seguir um rito detalhado, iniciando pela fixação da pena-base, levando em consideração eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes discutidas durante os debates. Em seguida, o juiz pode aplicar aumentos ou diminuições da pena conforme as causas admitidas pelo júri, e ainda observar disposições adicionais contidas no artigo 387 do CPP, como o cumprimento de medidas cautelares. O juiz deve observar o sistema trifásico previsto no art. 68 do CP.

Com a alteração trazida pela Lei 13.964/2019, o artigo 492, I, e, determina que, em casos de condenação a penas iguais ou superiores a 15 anos de reclusão, o juiz deve ordenar a execução provisória da pena, expedir o mandado de prisão e recolher o réu, mesmo que

ainda caiba recurso. Isso garante que, diante de uma condenação tão severa, o condenado comece a cumprir sua pena de imediato, respeitando a gravidade do crime. No entanto, há uma ressalva no § 3º do mesmo artigo: o juiz pode, excepcionalmente, deixar de ordenar a execução provisória se identificar que há uma questão substancial, que, se submetida ao tribunal competente, possa plausivelmente conduzir à revisão da condenação.

Há importantes debates acerca da constitucionalidade do artigo 492, I, e, CPP, especialmente por ferir a presunção de inocência. No entanto, em julgamento recente o STF firmou a seguinte tese: "A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada" (Tema 1068).

Além do tempo da pena, STF ampliou as possibilidades, decidindo que condenados por júri popular podem ser presos imediatamente após o julgamento, independentemente do tempo da pena aplicada. O tribunal considerou que a soberania das decisões do júri, prevista na Constituição, justifica a execução imediata da pena e que essa medida não viola o princípio da presunção de inocência, já que a culpa do réu foi reconhecida pelos jurados.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário 1235340, com repercussão geral, estabelecendo que essa orientação deve ser aplicada em todos os casos semelhantes. O STF também declarou inconstitucional a parte do artigo 492 do Código de Processo Penal que limitava a execução imediata apenas às penas superiores a 15 anos, reforçando a soberania das decisões do júri e autorizando a execução provisória da pena, qualquer que seja o tempo de condenação.

Por outro lado, se a decisão dos jurados for pela absolvição, o juiz deve imediatamente determinar a soltura do réu, salvo se ele estiver

preso por outro motivo. Essa decisão segue o rito estabelecido pelo artigo 492, que trata tanto das disposições condenatórias quanto absolutórias, sendo obrigatória a leitura em plenário antes do encerramento da sessão, conforme o artigo 493 do CPP.

No que tange à desclassificação, seja própria ou imprópria. A desclassificação própria ocorre quando o Conselho de Sentença nega a existência de um nexo de causalidade entre a conduta do réu e a morte da vítima, removendo assim a competência do júri, que julga apenas crimes dolosos contra a vida, e transferindo o julgamento para o juiz togado. Já a desclassificação imprópria acontece quando os jurados reconhecem o ato, mas o fazem de forma culposa, ou seja, sem intenção de matar, o que também desloca a competência para o juiz presidente do Tribunal do Júri.

No caso de desclassificação imprópria, quando o crime é requalificado como culposo, o réu pode ser beneficiado pela suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/1995, o que não seria possível se o crime fosse doloso. No entanto, há quem defenda que, na desclassificação imprópria, os jurados já tenham efetivamente condenado o réu, o que afastaria a aplicação de benefícios processuais, limitando a atuação do juiz à mera fixação da pena.[802]

O art. 493 dispõe que "a sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento". Assim, a publicação formal da sentença no Tribunal do Júri não é necessária, pois o artigo determina que a sentença seja lida em plenário, na presença do público. Portanto, considera-se que a sentença está publicada no momento em que é proclamada diante dos presentes no tribunal.

Demais explicações pertinentes à sentença são encontradas no item. 16.8 *infra*.

m) Da Ata dos Trabalhos

A ata dos trabalhos no Tribunal do Júri é um documento de grande relevância no procedimento penal, e sua obrigatoriedade e detalhamento são previstos nos artigos 494 a 496 do Código de Processo Penal, conforme incluído pela Lei 11.689/2008.

Esse documento é de extrema importância, pois cumpre a função de registrar de forma oficial e fidedigna todos os atos e ocorrências que se desenrolam durante a sessão de julgamento. O escrivão tem a responsabilidade de lavrar a ata, que deve ser assinada pelo juiz-presidente e pelas partes envolvidas no processo, incluindo o Ministério Público, a defesa, e eventualmente o querelante e o assistente de acusação.

A ata deve descrever de maneira fiel e minuciosa cada evento ocorrido durante a sessão. Dentre os elementos obrigatórios que a ata precisa conter, estão a data e a hora da instalação dos trabalhos, a identificação do magistrado que presidiu a sessão, bem como a presença e identificação dos jurados. Se algum jurado não comparecer, com ou sem justificativa, a ata deve relatar a ausência e as sanções aplicadas. Da mesma forma, qualquer pedido de isenção ou dispensa deve ser registrado, o que assegura a transparência e regularidade do procedimento.

Se houver adiamento da sessão, a ata deve apontar as razões para tal ocorrência, conferindo mais uma camada de controle sobre a integridade do processo. A abertura da sessão, que conta com a presença obrigatória do Ministério Público e da defesa, também deve ser relatada, assim como o pregão e eventuais sanções decorrentes da ausência das partes convocadas. Além disso, a ata deve mencionar as testemunhas dispensadas de depor, bem como as providências tomadas para garantir que as testemunhas não

influenciem umas às outras, sendo recolhidas para um local separado.

Outro ponto de grande importância no registro da ata é a verificação das cédulas utilizadas na votação, realizada pelo juiz-presidente, bem como a formação do Conselho de Sentença, com o sorteio e a possível recusa de jurados. A ata também deve relatar o compromisso dos jurados e o interrogatório do réu, ainda que por simples referência ao termo. Igualmente, os debates e as alegações das partes, assim como os incidentes processuais que surgirem durante o julgamento, devem ser registrados. O julgamento propriamente dito e a sentença devem constar na ata, com a garantia da publicidade dos atos da instrução plenária e da decisão final.

A falta da ata ou a sua ausência de preenchimento correto pode acarretar sérias consequências para o responsável por sua elaboração, sujeitando-o a sanções administrativas e penais, conforme disposto no artigo 496 do CPP. Tal previsão demonstra a gravidade e a seriedade com que o ordenamento jurídico trata o cumprimento das formalidades processuais no Tribunal do Júri, garantindo a lisura, a publicidade e a transparência do julgamento.

Em síntese, a ata dos trabalhos do júri é um documento fundamental, cuja correta lavratura é indispensável para a legitimidade do julgamento, sendo ela o registro fiel de todos os atos processuais ocorridos na sessão. Isso assegura não apenas a publicidade do processo, mas também possibilita a posterior verificação de sua regularidade, principalmente em casos de recursos ou questionamentos quanto à validade dos atos praticados.

n) Das Atribuições do Presidente do Tribunal do Júri

O artigo 497 do Código de Processo Penal estabelece as atribuições do juiz-presidente do Tribunal do Júri. Tais atribuições

são fundamentais para a organização e condução das sessões de julgamento, garantindo que o processo ocorra de forma justa, ordeira e em conformidade com os ditames legais. Cada uma das atribuições conferidas ao juiz-presidente reflete seu papel central na mediação do julgamento, que deve equilibrar as demandas do processo penal com a proteção dos direitos fundamentais das partes envolvidas.

Em primeiro lugar, o inciso I confere ao juiz a autoridade de "regular a polícia das sessões e prender os desobedientes". Esta função assegura que a ordem seja mantida durante o julgamento, permitindo ao magistrado intervir de maneira firme sempre que houver desrespeito ou indisciplina por parte dos presentes. O poder de prender desobedientes reforça o caráter de autoridade e de controle sobre o ambiente da sessão, garantindo que o Tribunal do Júri seja conduzido com o devido respeito ao seu rito.

No inciso II, o juiz-presidente também tem o poder de "requisitar o auxílio da força pública", o que o coloca em uma posição de controle exclusivo sobre as forças de segurança que possam ser necessárias para manter a ordem e proteger a integridade do processo, conferindo-lhe a autonomia necessária para atuar em situações de potencial ameaça à ordem ou à segurança.

O inciso III trata da função do juiz de "dirigir os debates". Essa competência envolve intervir em casos de abuso ou excesso de linguagem por parte de uma das partes, ou mesmo quando solicitado por elas. O objetivo é assegurar que os debates ocorram dentro de um tom adequado, sem violações éticas, abusos ou ataques pessoais, garantindo que o debate seja pautado pela sobriedade e pelo respeito à justiça.

A responsabilidade de "resolver questões incidentes que não dependam do júri" está prevista no inciso IV, e é um indicativo da

divisão de competências entre o juiz e os jurados. O juiz deve julgar as questões processuais que surgirem no decorrer do julgamento, sempre que essas não forem de competência exclusiva do Conselho de Sentença. Isso permite uma condução mais técnica e rápida do julgamento, principalmente diante do fato de que os jurados não possuem conhecimento técnico para deliberar sobre tais questões.

Outra função relevante é a antevista no inciso V, que impõe ao juiz "nomear defensor ao acusado quando este estiver indefeso". Se o magistrado constatar que o réu está sendo prejudicado por falta de defesa adequada, ele pode inclusive dissolver o Conselho de Sentença e designar uma nova data para o julgamento. Tal medida protege o direito fundamental à ampla defesa, melhor dizendo, à plenitude de defesa, garantindo que o réu tenha uma representação efetiva, sem a qual o processo se tornaria nulo.

O inciso VI permite ao juiz "retirar o acusado da sala", se este dificultar o julgamento, sem suspender o andamento do processo. Esse dispositivo assegura que a sessão não seja prejudicada por um comportamento inadequado do réu, mas ao mesmo tempo, garante a continuidade do procedimento, protegendo os interesses da justiça e das partes envolvidas.

O inciso VII possibilita que o juiz suspenda a sessão para a realização de diligências, assegurando que os jurados permaneçam incomunicáveis durante esse período. Tal prerrogativa permite a busca de informações ou esclarecimentos adicionais sem comprometer a integridade do julgamento e o isolamento dos jurados.

O juiz também tem a faculdade, conforme o inciso VIII, de "interromper a sessão por tempo razoável para proferir a sentença" ou para permitir o repouso dos jurados, o que demonstra sua preocupação com o bom andamento do julgamento, evitando a

exaustão dos envolvidos, que poderia comprometer a qualidade da deliberação, até mesmo a nulidade do julgamento, caso os jurados durmam, por exemplo. Ilustrativa a ementa a seguir:

> *APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, INCISO IV, DO CPB). PRELIMINAR DE NULIDADE EM RAZÃO DO JURADO TER DORMIDO DURANTE A SESSÃO DE JULGAMENTO. PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA RECONHECER A NULIDADE ARGUIDA PELA DEFESA E CONSEQUENTEMENTE SUBMETER O APELANTE A NOVO JÚRI. 1 ? NULIDADE DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI.In casu, entendo que a preliminar de nulidade do julgamento arguida pela defesa em razão do Jurado José Félix Nogueira Pereira ter cochilado no momento da manifestação da defesa na sessão do júri merece acatamento. Isto porque, conforme ficou comprovado na ata de julgamento (fls. 279-282), o referido jurado dormiu durante a manifestação da defesa na Sessão de Julgamento do Tribunal do Júri.Ressalto que o fato do jurado ter dormido durante a sessão de julgamento e o veredicto fosse por seis votos a um, ou à unanimidade, seu voto seria despiciendo em face do resultado, visto que inexistiria prejuízo para o vencido, pelo que nenhuma razão teria para a anulação do julgamento. Entretanto, em um veredicto por simples maioria (4X3), a nulificação seria bastante provável, dado que o voto do jurado que dormiu poderia ensejar resultado diverso, não fosse seu comportamento alheado.Consideradas estas circunstâncias, é totalmente provável que o cochilo do jurado, possa ter causado prejuízo à defesa, a ponto de nulificar o veredicto do Tribunal do Júri. O valor da ata de julgamento, cujo conteúdo é a expressão fiel de todas as ocorrências do julgamento, reveste-se de importância essencial, com fulcro no art. 495, CPP e considerando que a defesa do apelante se manifestou durante a sessão de julgamento fazendo constar em ata o comportamento do jurado José Félix Nogueira Pereira, que estava cochilando durante a sessão, conforme fls. 279-282.Além disso, restou evidenciado o prejuízo ao apelante, que foi condenado à pena de 16 (dezesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.Ad Argumentandum, verifico que o ministério público de 1º grau ao elaborar as contrarrazões (fls. 322-325), mencionou esta nulidade de forma muito superficial, sem levar em consideração as consequências de sua inobservância. Fato que foi devidamente observado pela Procuradoria de Justiça que se posicionou pelo acolhimento da preliminar suscitada pela defesa, conforme parecer de fls. 336-338. Posto isto, CONHEÇO DO RECURSO E DOU-LHE PROVIMENTO PARA ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE ARGUIDA PELA DEFESA E CONSEQUENTEMENTE SUBMETER O APELANTE A NOVO JULGAMENTO. (TJPA – Apelação Criminal – Nº 0002467-72.2016.8.14.0018 – Relator(a): MAIRTON MARQUES CARNEIRO – 3ª Turma de Direito Penal – Julgado em 03/05/2018)*

O inciso IX destaca o poder do juiz de “decidir sobre a extinção de punibilidade” após ouvir as partes. Trata-se de uma decisão técnica que não requer a deliberação dos jurados, como, por

exemplo, quando se verificam prescrições ou outras causas, como o óbito do réu.

Ademais, o juiz é responsável, conforme o inciso X, por "resolver as questões de direito suscitadas no curso do julgamento". Esse papel do magistrado reforça seu protagonismo na aplicação do direito ao caso concreto, eis que é o detentor do conhecimento técnico-jurídico necessário, elementos que os jurados, por serem leigos, não possuem. Assim, o juiz decide questões que envolvem a interpretação da lei, sempre que o júri não for o competente para tal.

Outro ponto importante, previsto no inciso XI, é a possibilidade de o juiz "determinar diligências para sanar nulidades ou falhas" que prejudiquem o esclarecimento da verdade, garantindo que o julgamento se baseie em provas lícitas e no devido processo legal.

Por derradeiro, o inciso XII confere ao juiz o poder de "regulamentar as intervenções das partes durante os debates", concedendo até três minutos para que as partes se manifestem durante a intervenção nos argumentos da outra. Isso assegura um equilíbrio no direito ao contraditório, sem que uma parte interrompa o fluxo argumentativo da outra de forma indevida.

Em suma, o artigo 497 do Código de Processo Penal, ao definir as atribuições do juiz-presidente do Tribunal do Júri, consolida a figura do magistrado como um guardião da ordem, da justiça e dos direitos processuais, assegurando que o júri opere dentro dos limites legais e com o respeito à dignidade das partes. Suas funções abrangem desde a manutenção da disciplina até decisões de direito, sempre com vistas à preservação da justiça e da legalidade.

16.7 Procedimentos Especiais previstos na Legislação Extravagante

A seguir será apresentado, de maneira sucinta, os procedimentos especiais previstos na legislação extravagante, sempre lembrando o

caráter subsidiário do procedimento ordinário.

O Estatuto da Pessoa Idosa, instituído pela Lei 10.741/2003 e posteriormente alterado pela Lei 14.423/2022, visa garantir a proteção integral e os direitos fundamentais das pessoas com 60 anos ou mais.

Este microssistema, ou seja, conjunto de normas estabelece como obrigação da família, da sociedade e do poder público assegurar com prioridade direitos como vida, saúde, alimentação, educação e dignidade. Além disso, o Estatuto define a violência contra a pessoa idosa como qualquer ato ou omissão que cause sofrimento ou dano, prevendo a obrigatoriedade de notificação aos serviços de saúde e órgãos competentes.

Quanto à apuração dos crimes tipificados no Estatuto, o procedimento varia conforme a pena máxima prevista. Para crimes cuja pena não ultrapasse quatro anos, aplica-se o rito sumaríssimo da Lei 9.099/1995, sem os benefícios despenalizadores, como conciliação ou transação penal, exceto quando a pena máxima for de até dois anos, onde se aplicam esses benefícios. Em casos de crimes com pena superior a quatro anos, utiliza-se o rito ordinário previsto no Código de Processo Penal.

Nesse sentido é a decisão proferida pelo STF na ADI 3096:

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 39 E 94 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). RESTRIÇÃO À GRATUIDADE DO TRANSPORTE COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSOS. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte. 2. Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão "do Código Penal e". Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da Lei n.*

10.741/2003. (ADI 3096, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16-06-2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-02 PP-00358 RTJ VOL-00216-01 PP-00204)

Para crimes contra idosos não tipificados no Estatuto, aplica-se o procedimento comum ordinário ou sumário, dependendo da pena prevista. Nos crimes dolosos contra a vida, prevalece o rito do júri.

Outro procedimento previsto em lei extravagante é observado na Lei n. 11.343/2006, que rege o combate e controle do uso e tráfico de drogas no Brasil. Tal norma estabelece um procedimento específico para crimes relacionados a entorpecentes, como definido nos artigos 54 a 59.

Este procedimento é aplicado principalmente para delitos mais graves, como tráfico, associação para o tráfico e produção ilegal de drogas. No entanto, há uma exceção importante: para os casos de posse de drogas para consumo pessoal, definidos no artigo 28 da Lei, é aplicado o procedimento previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais, onde não há prisão em flagrante e outras medidas mais brandas são aplicadas.

Todavia, para a posse/porte de *cannabis sativa* para uso pessoal o STF, no julgamento do RE 635659, proferiu o tema de n. 0506, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 retirando as consequências criminais do porte de *cannabis sativa* para uso pessoal, evitando a estigmatização dos usuários. A questão passa a ser tratada como um problema de saúde pública, com políticas de prevenção e atenção ao usuário. Embora o porte de drogas continue ilícito, a apreensão e as sanções seriam aplicadas de forma não penal. A seguir, a transcrição da ementa do julgamento:

Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de cannabis sativa para uso pessoal. Risco de estigmatização do usuário. Deslocamento do enfoque para o campo da saúde pública. Implementação de políticas públicas de

prevenção ao uso de drogas e de atenção especializada ao usuário. Manutenção do caráter ilícito do porte de drogas. Possibilidade de apreensão da substância e de aplicação das sanções previstas em lei (incisos I e III do art. 28), mediante procedimento não penal. Instituição de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes. 1. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo). 2. Caso em que o Tribunal não discute o tratamento legislativo do tráfico de drogas. Tal conduta é criminalizada com base em determinação constitucional (art. 5º, XLIII). Quem comercializa, distribui e mantém em depósito drogas ilícitas pratica crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia e incide nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006, as quais alcançam 15 anos de prisão. 3. Respeito às atribuições do Legislativo; cabe aos parlamentares – e a ninguém mais – decidir sobre o caráter ilícito do porte de drogas, ainda que para uso pessoal. Caso em que a Corte cogita apenas a supressão da repercussão criminal das condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/2006, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas nos incisos I e III do dispositivo, em procedimento a ser regulamentado pelo CNJ. Propósito de humanizar o tratamento dispensado por lei aos usuários, deslocando os esforços do campo penal para o da saúde pública. 4. A atribuição de natureza penal às sanções cominadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 aprofunda a estigmatização do usuário e do dependente, ofuscando as políticas de prevenção, atenção especializada e tratamento, expressamente definidas no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas. 5. O segundo ponto abordado no recurso diz respeito à necessidade de previsão de critérios objetivos para distinguir usuários e traficantes, de modo a reduzir a discricionariedade das autoridades na capitulação do delito. O estado atual do sistema, caracterizado pela vagueza de conceitos jurídicos que podem importar a prisão de usuários, é incompatível com a ordem constitucional e com a própria intenção do legislador. 6. Com a edição do art. 28 da Lei 11.343/2006, pretendeu o legislador apartar a conduta do tráfico de drogas, que repercute negativamente em toda a sociedade, do porte para uso pessoal, cuja ofensividade se limita à esfera pessoal do usuário. Porém, na prática, o que se observou foi o contrário. Em vez de suavizar a punição cominada para o delito de porte de drogas para uso pessoal, os conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei ("consumo pessoal" e "pequena quantidade") recrudesceram o tratamento dispensado aos usuários. 7. Nota-se que, em vez de representar invasão de competência do Congresso Nacional, a fixação de parâmetros objetivos se alinha com a opção do legislador. Evita-se que disfuncionalidades do sistema de Justiça deformem o programa normativo da Lei 11.343/2006. 8. Conforme deliberado pelo Plenário, presume-se como usuário de drogas aquele que é encontrado na posse de até 40 gramas de maconha ou de 6 plantas-fêmeas, sem prejuízo do afastamento dessa presunção por decisão fundamentada do Delegado de Polícia, fundada em elementos objetivos que sinalizem o intuito de mercancia. A solução vale até que o Congresso Nacional delibere sobre o assunto, concebendo mecanismos capazes de reduzir a discricionariedade policial na aplicação do art. 28 da Lei 11.343/2006. 9. Por todo o exposto, fixa-se a seguinte tese de repercussão geral: (i) não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do

reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); (ii) as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/2006 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; (iii) em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/2006 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; (iv) nos termos do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; (v) a presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; (vi) nesses casos, caberá ao delegado de polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; (vii) na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; (viii) a apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário. 10. Apelo para que os Poderes avancem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários as medidas previstas em lei. 11. Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá ao Executivo e ao Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas, instituído pela Lei 7.560/1986, e deixar de contingenciar os futuros aportes no fundo – recursos que deverão ser utilizados em programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas. (RE 635659, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26-06-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024)

A lei também prevê que, quando o crime de posse para consumo ocorre em conjunto com outros delitos mais graves (artigos 33 a 37 da Lei de Drogas), como o tráfico, o caso não será tratado pelo Juizado Especial, sendo aplicado o procedimento mais rígido previsto para crimes de maior gravidade. Isso inclui, por exemplo, o afastamento do réu das suas funções se ele for servidor público.

No contexto das investigações, a Lei consente, mediante autorização judicial, o uso de técnicas especiais, como a infiltração de agentes e o flagrante retardado, o que amplia o poder investigativo nas operações relacionadas ao tráfico de drogas.

No procedimento judicial, o Ministério Público tem um prazo de 10 dias para oferecer denúncia após o recebimento do inquérito policial, sendo exigido um laudo de constatação da substância apreendida, confirmando preliminarmente a natureza da droga. Posteriormente, é garantido ao réu o direito de apresentar uma resposta antes que a denúncia seja formalmente recebida, no intuito de tentar barrar a abertura da ação penal.

No caso crimes previstos nos artigos 33 a 37 da Lei 11.343/2006, quando há caracterização de ilícito transnacional, é de competência da Justiça Federal, conforme o art. 70.

O Ministério Público, após receber o inquérito, tem 10 dias para decidir entre arquivar, requisitar diligências, ou oferecer denúncia, que deve ser acompanhada de laudo de constatação da substância (art. 50, §§ 1º e 2º). O art. 41 prevê redução de pena para réus que cooperarem com a investigação.

Após a denúncia, o réu é notificado para responder em 10 dias, e o juiz decidirá sobre o recebimento da denúncia em até 5 dias (art. 55, § 5º). A audiência de instrução ocorre em até 30 dias, ou 90 dias, se necessário, para avaliação de dependência de drogas. O juiz

somente recebe a denúncia após a resposta do réu, justamente para averiguar se não é o caso do art. 28.

O art. 57 dispõe que "na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz".

Pela letra da lei, o interrogatório é o primeiro ato da instrução, diferentemente do que é a regra no procedimento ordinário. Nesse sentido, o STF, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma do art. 400 do CPP, 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, também nos procedimentos regidos por lei especial, "caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade" (HC 403.550/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 28/08/2017).

A inobservância da ordem prevista no art. 400 do CPP, aplicando-se o art. 57 da Lei de Drogas é causa de nulidade absoluta, não sendo necessário, portanto, demonstrar prejuízo e não estando sujeita a preclusão (veja: REsp 1.808.389/AM, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/10/2020), embora existam julgamentos em sentido contrário, em respeito à sistemática democrática do processo penal, o mais condizente é a nulidade absoluta, em vez da defendida nulidade relativa.

Após os depoimentos e interrogatório, os debates finais duram 20 minutos por parte, prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 57). A sentença é proferida no prazo de 10 dias (art. 58). Além disso, a incineração de drogas deve ocorrer em até 30 dias após a apreensão.

A necessidade de prisão para recorrer é prevista no art. 59, embora questionada por violar princípios constitucionais, como a presunção de inocência.

A audiência de instrução e julgamento, uma vez iniciada, segue um rito claro de coleta de provas e oitiva de testemunhas, com debates orais que podem ser prorrogados. A sentença é preferencialmente proferida imediatamente após os debates, mas pode ser postergada por até 10 dias, caso o juiz necessite de mais tempo.

O art. 59 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que, nos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37, o réu só poderá apelar após recolher-se à prisão, a menos que seja primário e tenha bons antecedentes, conforme a sentença condenatória. No entanto, essa exigência foi questionada pela 2ª Turma do STF (HC 106243), que considerou, acertadamente, que tal previsão fere os princípios constitucionais da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição, assim, a manutenção da prisão só é possível se presentes os requisitos da prisão preventiva.

> *Habeas Corpus. 2. Tráfico de drogas. Necessidade de o réu recolher-se à prisão para apelar (Lei 11.343/2006, art. 59). Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição. Constrangimento ilegal caracterizado. 3. Ordem parcialmente concedida. (STF - HC 106243/ RJ - Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 05/04/201; Publicação: 25/04/2011).*

Outra norma importante e que merece atenção é a Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006, a qual estabelece medidas de proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Essa legislação foi criada para coibir a violência contra a mulher e garante que esses crimes sejam apurados por meio de inquérito policial e julgados nos Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a Mulher ou, onde inexistentes, nas Varas Criminais.

A lei tipifica a violência doméstica em várias formas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, e determina que os agressores não podem receber penas pecuniárias (como pagamento de multas). Também estabelece penas mais severas, além de prever medidas de proteção urgentes para a vítima, como afastamento do agressor, suspensão de porte de arma e prisão preventiva.

Criada a partir de um processo de participação democrática e aprovada por unanimidade no Congresso, a Lei Maria da Penha cumpre convenções internacionais como a Convenção de Belém do Pará e a Convenção da ONU para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Além disso, a legislação foi essencial para reforçar o papel da autoridade policial, que pode prender o agressor em flagrante e solicitar medidas protetivas ao juiz.

Em termos processuais, a lei prevê que o juiz pode determinar, em 48 horas, medidas protetivas de urgência e apreciar tanto o crime quanto as questões familiares decorrentes da violência, como pensão e guarda de filhos.

O art. 13 esclarece que “ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei”.

O art. 16 institui que “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”. No entanto, este artigo foi objeto de julgamento proferido na ADI 7267.

Assim, o STF decidiu no julgamento da ADI 7267, de forma unânime, que o juiz não pode marcar, por conta própria, audiência para que a vítima de violência doméstica desista de processar o agressor, sem que ela solicite. Essa decisão foi tomada com base no artigo 16 da Lei Maria da Penha, que condiciona a renúncia da vítima a ser realizada em audiência especialmente designada para essa finalidade. A decisão visa garantir que a mulher possa expressar sua vontade livremente, e que o não comparecimento à audiência não seja interpretado como uma renúncia tácita. O relator, ministro Edson Fachin, ressaltou que obrigar a mulher a comparecer a tal audiência viola sua liberdade e direito à igualdade.

> *DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE, INCOMPETÊNCIA E AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. REJEIÇÃO. INTERPRETAÇÃO QUE ADMITE DESIGNAÇÃO DE OFÍCIO DA AUDIÊNCIA DE RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A promoção de melhorias no sistema de justiça condiz com as atribuições ínsitas ao Ministério Público, razão pela qual a entidade de classe que representa a integralidade de seus membros tem pertinência temática para propor ação direta em face de dispositivo constante da Lei Maria da Penha. 2. Remanescendo questão constitucional, é cabível a propositura de ação direta para afastar interpretação que já tenha sido rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. A legislação de combate à violência contra mulher deve ser aplicada de maneira estrita, garantido que todos os procedimentos sejam imparciais, justos e neutros relativamente a estereótipos de gênero. 4. O art. 16 da Lei Maria da Penha integra o conjunto de normas que preveem o atendimento por equipe multidisciplinar. Sua função é a de permitir que a ofendida, sponte propria e assistida necessariamente por equipe multidisciplinar, possa livremente expressar sua vontade. 5. Apenas a ofendida pode requerer a designação da audiência para a renúncia à representação, sendo vedado ao Poder Judiciário designá-la de ofício ou a requerimento de outra parte. 6. Ação direta julgada parcialmente procedente, para reconhecer a inconstitucionalidade da designação, de ofício, da audiência nele prevista, assim como da inconstitucionalidade do reconhecimento de que eventual não comparecimento da vítima de violência doméstica implique retratação tácita ou renúncia tácita ao direito de representação.*
>
> *(ADI 7267, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 08-09-2023 PUBLIC 11-09-2023)*

16.8 Das Sentenças

O processo segue seu procedimento, seu curso normal até atingir o momento máximo da prestação jurisdicional, que é o julgamento do mérito, o qual se dá por meio da sentença. Nesse momento, o juiz decidirá se acolhe, total ou parcialmente, ou rejeita o pedido feito na acusação inicial. Os artigos que tratam da sentença penal encontram-se entre o art. 381 e 393 do CPP.

Segundo Nassif sentença:

> *[...] é o ato de reduzir a um espaço documentado, estrito, oficial, praticado por juiz competente, toda a gama de circunstâncias e emoções visíveis e descritíveis informadas com as garantias constitucionais do processo, ocorrentes em um fato praticado com a necessária intervenção humana, que a lei traduz como crime, para efeito de confirmar ou desconstituir, impondo sanções legais, o estado de inocência do cidadão-acusado.*[803]

Quanto à natureza jurídica da sentença, explica Capez que "é uma manifestação intelectual lógica e formal emitida pelo Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, com a finalidade de encerrar um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida", por meio da "aplicação do ordenamento legal ao caso concreto".[804]

16.8.1 Classificação das Sentenças

Inicialmente, importa explicar que sendo processo uma relação jurídica entre autor, réu e juiz, no qual cada um exerce suas funções. O autor da ação penal e o réu apresentam suas pretensões, produzem provas e recorrem, com a finalidade de alcançar os respectivos interesses, absolvição ou a condenação.

O juiz, sujeito imparcial, é responsável por manter a ordem e regularidade processual. Assim, preside a coleta de provas, soluciona incidentes e toma decisões. Os atos do magistrado podem ser: a) ordinatórios, com vistas a garantir o andamento do processo; b) decisórios sobre questões processuais e incidentais ou c) executórios, ou seja, com a emissão de ordens. As decisões

proferidas podem ser interlocutórias simples ou mistas, enquanto as sentenças resolvem o mérito do litígio, sendo que, em tribunais, as sentenças são chamadas de acórdãos.

As sentenças no processo penal, sendo classificação tradicional da doutrina se dividem em sentenças condenatória, declaratórias e constitutivas, conforme será melhor estudado a seguir.

16.8.1.1 Da Sentença Condenatória

É a sentença que acolhe o pedido do autor, julgando procedente, total ou parcialmente, a pretensão punitiva, e impõe uma pena de natureza criminal ao condenado.

Está prevista no art. 387 do CPP, *in verbis:*

> *Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória*
> *I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;*
> *II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;*
> *III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;*
> *IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;*
> *V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título Xl deste Livro;*
> *VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1o, do Código Penal).*
> *§ 1º 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 de apelação que vier a ser interposta.*
> *§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.*

Os efeitos de uma sentença condenatória abrangem tanto o direito penal, quanto extrapenal, os artigos 91, 91-A e 92 do Código Penal brasileiro dispõem sobre os efeitos da condenação criminal, abrangendo não apenas a pessoa do condenado, mas também sua vida pessoal, profissional e seu patrimônio.

Ambos os efeitos desempenham um papel significativo na vida do réu, uma vez que refletem tanto no cumprimento da pena quanto nas repercussões em outras esferas da sua vida.

Os efeitos penais podem ser divididos em principais e secundários. Entre os principais estão o cumprimento da pena e a inclusão do nome do réu no rol dos culpados, ambos ocorrendo após o trânsito em julgado da sentença. Esses são os efeitos mais imediatos e diretos da condenação, assegurando a aplicação da sanção penal e o registro da culpabilidade do condenado.

Tal é a repercussão da condenação que a súmula 631 do STJ dispõe que "o indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais".

Assim, os efeitos secundários, por sua vez, têm repercussões mais amplas e são previstos em diferentes dispositivos legais. Um exemplo é a reincidência, prevista no art. 63 do Código Penal (CP), que implica em uma punição mais severa caso o condenado cometa um novo crime. Outros efeitos incluem a possibilidade de regressão de regime carcerário (art. 118, II, da Lei de Execução Penal), a revogação da suspensão condicional da pena (*sursis*), e a revogação do livramento condicional em caso de nova condenação por crime doloso (art. 84 do CP). Esses efeitos evidenciam que a sentença condenatória não apenas impõe a pena inicial, mas também impacta futuras situações jurídicas do réu.

Os efeitos extrapenais são aqueles que transcendem a esfera penal e repercutem em outras áreas do direito e, por conseguinte, da vida do condenado, como o direito civil, administrativo e político.

Esses efeitos podem ser obrigatórios ou específicos. Entre os efeitos obrigatórios, previstos no art. 91 do CP, destacam-se a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e a perda de

instrumentos ou produtos do crime em favor da União. Esses efeitos têm como objetivo reparar o dano causado à sociedade e assegurar que o condenado não obtenha benefícios econômicos ou materiais de sua conduta criminosa.

Nesta linha, o art. 387, IV, dispõe que o juiz "fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido".

De fato, a reforma de 2008 autorizou ao juiz fixar um valor mínimo para a indenização devida à vítima pelos danos motivados pelo crime, conforme o art. 387, IV, do Código de Processo Penal (CPP). Apesar disso, para essa fixação, deve haver um pedido expresso do Ministério Público ou do ofendido, acatando os princípios do contraditório e ampla defesa. O réu deve ter a chance de se defender e apresentar provas sobre a quantia devida. A fixação de valores sem esse pedido formal fere os direitos processuais do acusado, de acordo com entendimento consolidado pelo STF e STJ (RE 1.107.923 AgR/RS e AgRg no REsp 1.899.179/RJ). Embora o valor mínimo possa ser apontado na sentença, ele pode ser complementado em uma liquidação posterior (art. 63, parágrafo único, do CPP),[805] em uma *ação civil ex delito*.

Além disso, os efeitos extrapenais específicos podem ser aplicados de acordo com a gravidade do crime e as circunstâncias do condenado. Cita-se o "confisco alargado de bens", introduzido pela Lei Anticrime, que permite a perda de bens do condenado cujo valor seja incompatível com sua renda lícita, quando a infração tenha pena superior a seis anos (art. 91-A do CP; Lei n. 11.343/2006 art. 63-F):

> *Art. 63-F. Na hipótese de condenação por infrações às quais esta Lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito.*

Mais um efeito importante é a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92 do CP), que ocorre quando a pena é privativa de liberdade e há abuso de poder ou violação de deveres com a Administração Pública.

Outros efeitos extrapenais incluem a incapacidade para o exercício do poder familiar, a inabilitação para dirigir veículo empregado em crime doloso e a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da CF). Ademais, a condenação pode resultar em demissão por justa causa do condenado, conforme disposto no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

16.8.1.1.1 Da Emendatio Libeli e da Mutatio Libeli

A autonomia decisória do juiz permite-lhe interpretar os fatos e o direito de forma fundamentada. Ele pode redefinir a qualificação jurídica dos fatos narrados, mesmo que isso resulte em pena mais grave, por meio da *emendatio libelli* correção da classificação jurídica sem alterar os fatos narrados na inicial e pelos quais o réu se defendeu.

Contudo, se novos fatos forem revelados durante a instrução que não estavam presentes na denúncia, ocorre a *mutatio libelli*, alterando a própria causa do processo. A *emendatio libelli* pode ocorrer até na segunda instância, mas não pode piorar a pena se o recurso interposto foi exclusivo da defesa. Em ambos os casos, o contraditório e a ampla defesa devem ser respeitados.

Assim, a *emendatio libelli* ocorre quando o juiz, exercendo sua autonomia decisória, corrige a definição jurídica dos fatos narrados na denúncia, sem alterar os fatos em si, podendo até aplicar uma pena mais grave, conforme disposto no art. 383 do CPP. Isso acontece quando a classificação inicial do crime está incorreta, como ao desclassificar extorsão mediante sequestro para extorsão simples.

A modificação deve ocorrer sem prejuízo à defesa, e é aceito que não haja necessidade de vistas à defesa, já que a defesa é sobre os fatos narrados, não da classificação jurídica imputada na peça acusatória.

Todavia, o magistrado não pode alterar a tipificação jurídica dos fatos ao receber a denúncia a fim de evitar a prescrição e permitir o prosseguimento da ação penal. A análise da justa causa e viabilidade da ação penal deve ser feita com base no que consta na denúncia inicial, sem modificação pelo juiz nesse momento. A retificação da capitulação jurídica só é permitida na sentença, conforme o art. 383 do CPP (*emendatio libelli*). Embora seja possível corrigir a tipificação ao receber a denúncia em benefício do réu ou para fixar competência, não se pode prejudicar o acusado com essa mudança. Este foi o entendimento do STJ na decisão a seguir colacionada:

> *DIREITO PROCESSUAL PENAL. ALTERAÇÃO DA TIPIFICAÇÃO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FINALIDADE DE AFASTAR PRESCRIÇÃO.*
> *Não é possível que o magistrado, ao receber a denúncia, altere a capitulação jurídica dos fatos a fim de justificar a inocorrência de prescrição da pretensão punitiva e, consequentemente, viabilizar o prosseguimento da ação penal. A verificação da existência de justa causa para a ação penal, vale dizer, da possibilidade jurídica do pedido, do interesse de agir e da legitimidade para agir, é feita a partir do que contido na peça inaugural, que não pode ser corrigida ou modificada pelo magistrado quando do seu recebimento. Com efeito, ainda que se trate de mera retificação da capitulação jurídica dos fatos descritos na vestibular, tal procedimento apenas é cabível quando da prolação da sentença, nos termos do art. 383 do CPP (emendatio libelli). Quanto ao ponto, é imperioso destacar que, ainda que o acusado se defenda dos fatos narrados na denúncia, e não da definição jurídica a eles dada pelo MP, não se pode admitir que, no ato em que é analisada a própria viabilidade da persecução criminal, o magistrado se manifeste sobre a adequação típica da conduta imputada ao réu, o que, evidentemente, configura indevida antecipação de juízo de valor acerca do mérito da ação penal. Dessa forma, havendo erro na correta tipificação dos fatos descritos pelo órgão ministerial, ou dúvida quanto ao exato enquadramento jurídico a eles dado, cumpre ao magistrado receber a denúncia tal como proposta, para que, no momento em que for prolatar a sentença, proceda às correções necessárias. Ressalte-se que a doutrina e a jurisprudência têm admitido em determinados casos a correção do enquadramento típico logo no ato de recebimento da exordial acusatória, mas somente para beneficiar o réu ou para permitir a correta fixação da competência ou do procedimento a ser adotado. Por outro lado, não se pode admitir que o magistrado, em prejuízo ao réu e sem que exista erro grosseiro por parte do membro do Parquet, atue de modo a alterar os parâmetros da denúncia formulada, o que configura violação ao princípio*

> *dispositivo, desrespeito à titularidade da ação penal e antecipação do julgamento do mérito do processo. Portanto, já transcorrido o lapso prescricional previsto para o crime imputado na denúncia quando do juízo de admissibilidade da acusação, é imperiosa a extinção da punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva estatal. Precedentes citados do STF: HC 89.686-SP, DJ 17/8/2007; do STJ: HC 103.763-MG, DJe 16/3/2009. RHC 27.628-GO, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 13/11/2012.*

Assim, em alguns casos, a *emendatio libelli* pode ocorrer no recebimento da denúncia, como para beneficiar o réu ou ajustar a competência. Se a nova qualificação jurídica permitir suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), o juiz deve dar vistas ao Ministério Público. Caso a mudança de competência seja necessária, os autos são remetidos ao juízo competente, respeitando os princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF e art. 10 do CPC/2015).

Já a *mutatio libelli* ocorre quando, durante a instrução, novos fatos ou circunstâncias surgem, modificando a base fática do processo, nos termos do art. 384 do CPP. Ao contrário da *emendatio libelli*, ela altera a própria causa do pedido, como quando uma acusação de furto se revela, após instrução, como roubo. Nesse caso, o Ministério Público deve aditar a denúncia e o juiz, após o aditamento, dará oportunidade para a defesa se manifestar.

A *mutatio libelli* é vedada em segunda instância, conforme a Súmula 453 do STF, que proíbe a alteração da qualificação jurídica em apelação, caso não tenha sido observada durante a fase processual. *In verbis:*

> *Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.*

O Art. 384 do Código de Processo Penal (CPP) trata *mutatio libelli* da possibilidade de aditamento da denúncia ou queixa após a fase de instrução probatória, quando surgem novos elementos ou

circunstâncias que não foram incluídos na acusação original, respeitando, ao mesmo tempo, os direitos do réu e o devido processo legal.

Assim, quando a instrução probatória é concluída, podem surgir novos fatos ou circunstâncias que alterem a qualificação do delito e a base fática do mesmo. Neste caso, o MP tem o dever de rever a denúncia, promovendo o aditamento, ou seja, uma atualização ou complementação da peça acusatória, incluindo os novos fatos descobertos a partir da instrução. O prazo para esse aditamento é de cinco dias, o qual pode ser realizado de forma oral durante audiência, devendo ser reduzido a termo.

O § 1º dispõe que se aplica o disposto no art. 28 do CPP caso o MP não adiete a denúncia. Esse mecanismo visa a garantir a continuidade da ação penal, mesmo diante da inércia ou recusa do promotor que está no caso.

Após a realização do aditamento, o § 2º dispõe que o defensor do acusado deve ser ouvido no prazo de cinco dias. Se o juiz aceitar o aditamento, ele pode, a requerimento de qualquer das partes, designar uma nova audiência de instrução para que as novas testemunhas sejam ouvidas e novas provas produzidas.

O § 4º estabelece que que na procedência do aditamento as partes poderão apresentar até três novas testemunhas em um prazo de cinco dias. Isso permite que ambas as partes ajustem suas ações à nova situação gerada pelo aditamento.

Assim, finda o depoimento das testemunhas e a produção probatória, o réu será novamente interrogado e, após os debates, o julgamento possa ser realizado. Na sentença, o juiz estará obrigado a julgar com base nas modificações trazidas pelo aditamento, vinculando-se ao seu conteúdo.

O § 3º esclarece que as disposições do art. 383, §§ 1º e 2º, que tratam da *emendatio libelli*, também se aplicam ao art. 384. Isso quer dizer que, se a nova classificação jurídica do fato autorizar a suspensão condicional do processo ou se houver modificação de competência, essas disposições devem ser seguidas.

Por fim, o § 5º prevê que, se o juiz não aceitar o aditamento, o processo continuará sem a alteração da denúncia original.

16.8.1.2 Da Sentença Declaratória

As sentenças declaratórias são as que se "limitam à verificação de uma situação jurídica"[806], portanto, declarando-as. Assim, a sentença declaratória tem como objetivo apenas reconhecer a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a autenticidade de um documento. O bem pretendido é a certeza jurídica, que satisfaz a pretensão das partes. No processo penal é o caso a extinção da punibilidade (art. 107, CP), assim como as que julgam improcedente uma ação ou absolvem o réu também têm natureza declaratória, negando a existência de direito ou punibilidade.[807]

Assim, as sentenças de absolvição (própria e imprópria), extinção da punibilidade e a rejeição da denúncia pelo juízo penal têm natureza declaratória.

Quanto à última hipótese, é relevante explicar que sentença declara a inexistência de uma condição obrigatória para a continuidade do processo, como exemplo, a falta de justa causa, carência de pressupostos processuais ou de condições de procedibilidade. De tal modo, essa decisão não impõe, mas tão comente declara que o processo não irá seguir seu curso.

16.8.1.2.1 Da Sentença Absolutória

Sentença absolutória é a que rejeita o pedido do autor, julgando improcedente a pretensão punitiva, está prevista no art. 386 do CPP. Tal sentença se classifica em absolutória própria e imprópria, como se verá a seguir.

A sentença absolutória própria é aquela em que o juiz se pronuncia reconhecendo a improcedência da pretensão punitiva estatal, declarando a inexistência de culpabilidade do acusado em relação aos delitos que lhe foram imputados na denúncia ou queixa-crime. Diferentemente da sentença absolutória imprópria, nesta, o juiz conhece a prática do fato típico pelo acusado, mas, em razão de sua inimputabilidade, delibera a aplicação de medida de segurança em vez de imposição da pena privativa de liberdade, o fundamento de tal absolvição é o art. 386, VI do CPP.

O art. 386 do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses de absolvição do réu, sendo que o juiz deve fundamentar sua decisão com base nesses dispositivos:

I - estar provada a inexistência do fato: quando há prova de que o fato criminoso não ocorreu, ex.: vítima de homicídio reaparece viva, durante o curso do processo. Trata-se de um dos fundamentos mais sólidos para a absolvição, pois a prova demonstra que o fato imputado pela acusação não ocorreu. Isso desfaz o juízo de tipicidade, já que o fato utilizado para enquadrar a conduta proibida não existiu. Nesse caso, também se exclui a responsabilidade civil. Tal hipótese faz coisa julgada material e, também, para uma parte da doutrina coisa absolutamente julgada, eis que tal sentença, após transitar em julgado, não é passível de ser desconstituída, nem mesmo por ação revisional.

II - não haver prova da existência do fato: quando não há prova suficiente para afirmar que o crime ocorreu. Aqui, o

julgador decide pela absolvição devido à ausência de prova no processo, sobre a ocorrência do fato. Diferente da situação anterior, em que se comprova que o fato não ocorreu, aqui não há provas de que o fato tenha ocorrido. Trata-se do *in dubio pro reo*. A absolvição, nesse contexto, não impede a proposição de ação civil reparatória.

III - não constituir o fato infração penal: trata-se de fato atípico, ou seja, quando o ato cometido não constitui crime (ex.: vítima era maior de 18 anos em crime de corrupção de menores). A hipótese é aquela em que, apesar de o fato ter ocorrido, ele não configura um crime, levando o juiz a concluir pela impossibilidade de condenação devido à ausência de um dos elementos do crime. Nesse caso, para a parte que se vê lesada, é possível ajuizar uma ação na esfera cível para discutir o ilícito. "Se o juiz verifica a atipicidade do fato no momento do oferecimento da petição inicial, deve rejeitá-la com base no art. 395, II, do CPP".[808]

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal: neste caso, há nos autos prova de que o réu não concorreu para o crime, ou seja, resta claro que o réu não participou do delito. Aqui não cabe ação civil e*x delicto*.

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal: em tal hipótese, inexiste de prova da participação do réu, melhor explicando, não há provas suficientes para afirmar que o réu tenha participado do crime.

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência: baseia-se em excludentes de ilicitude ou culpabilidade (ex.: legítima defesa). A absolvição

imprópria ocorre quando o réu é inimputável, aplicando-se medida de segurança. Assim, o texto legal trata das excludentes de ilicitude e culpabilidade previstas no Código Penal, como estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Quando uma sentença penal reconhece a presença dessas excludentes, ela faz coisa julgada no juízo cível, nos termos do art. 65 do Código de Processo Penal (CPP). No entanto, se houver dúvida sobre a existência de uma excludente, ainda que o réu seja absolvido, a vítima pode ajuizar uma ação civil derivada do crime, eis que a culpabilidade no juízo cível é mais ampla. Se restarem dúvidas sobre a ocorrência dessas causas, a absolvição do réu deve ser decretada, aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*, que favorece o acusado em caso de incerteza. [809]

VII - não existir prova suficiente para a condenação: o inciso narra a existência de insuficiência de provas para condenação, o qual é utilizado quando não há certeza suficiente para condenar o réu. O texto legal consagra o princípio do *in dubio pro reo*, que favorece o réu em caso de dúvida. Se o juiz não dispõe de provas sólidas e suficientes para formar sua convicção e não pode fundamentar adequadamente a sentença, a absolvição é o caminho correto. Todavia, com a absolvição baseada neste inciso, é possível que a vítima proponha uma ação indenizatória na esfera cível.

Os efeitos da sentença absolutória incluem a imediata libertação do réu, devolução da fiança, levantamento de medidas cautelares e de sequestros ou hipotecas. Além disso, o réu pode apelar da

absolvição para obter outro fundamento mais vantajoso, como a exclusão de possibilidade de uma ação no juízo cível.

Também, no caso de absolvição imprópria, o art. 386, parágrafo único, III, do CPP, dispõe sobre a aplicabilidade de medida de segurança. Sobre o tema, a Súmula 422 do Supremo Tribunal Federal, dispõe que "a absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade".

16.8.1.2.2 Da Sentença de extinção da punibilidade

O art. 107 do CP trata das causas extintivas da punibilidade:

> *Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:*
> *I - pela morte do agente;*
> *II - pela anistia, graça ou indulto;*
> *III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;*
> *IV - pela prescrição, decadência ou perempção;*
> *V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;*
> *VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;*
> *VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)*
> *VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)*
> *IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.*

As sentenças que extinguem a punibilidade do agente são declaratórias da situação específica. Sobre o tema, veja a Súmula do STJ n. 18: "A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório".

A doutrina defende que existe interesse recursal do réu mesmo em casos de absolvição ou extinção de punibilidade no processo penal. Explica que, mesmo após a absolvição por insuficiência de provas ou a extinção da punibilidade, o réu pode ter interesse em recorrer para buscar uma decisão que certifique sua inocência, especialmente para evitar possíveis implicações em esferas cíveis ou administrativas.

O princípio do *due process of law* assegura ao réu o direito de ver suas alegações processuais plenamente analisadas, e a ausência de uma certificação categórica de sua inocência pode prejudicar seus direitos, incluindo a responsabilização patrimonial ou funcional. Assim, o interesse recursal se justifica pela busca de uma sentença que afirme que o réu não cometeu o crime ou que o fato imputado não existiu, o que pode influenciar diretamente a responsabilidade civil e administrativa, ainda que tenha existido a extinção da punibilidade pela prescrição, por exemplo.[810]

16.8.1.3 Da Sentença Constitutiva

As sentenças constitutivas são aquelas que modificam a capacidade jurídica de um sujeito, sendo o pronunciamento judicial necessário para produzir certos efeitos jurídicos. Trata-se, melhor dizendo, daquela "que cria, modifica ou extingue uma relação (ou situação jurídica), provocando uma alteração de ordem fática ou jurídica"; como é no processo penal, a sentença de reabilitação penal (CP, art. 93).[811]

A ação de revisão criminal, que busca rescindir uma sentença penal condenatória, é um exemplo típico de sentença constitutiva. A condenação só é anulada com o deferimento dessa ação, restaurando o status jurídico do réu. [812]

Além disso, o *habeas corpus* pode ter efeitos constitutivos ao anular uma sentença condenatória, modificando a situação jurídica do paciente. Já a reabilitação também é uma sentença constitutiva, enquanto o perdão judicial é classificado como uma sentença condenatória, pois, apesar de não aplicar a pena, não exclui a responsabilidade penal do réu.[813]

16.8.2 Dos Requisitos da Sentença

O art. 381 do CPP, trata dos requisitos:

> *Art. 381. A sentença conterá:*
> *I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;*
> *II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;*
> *III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;*
> *IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;*
> *V - o dispositivo;*
> *VI - a data e a assinatura do juiz.*

O artigo 381 trata dos requisitos da sentença penal, são elementos que não divergem daqueles necessários para a sentença do processo civil. Bem como define sentença como o ato terminativo e definitivo do processo penal, que pode ser condenatória, caso a acusação seja aceita, ou absolutória, caso seja rejeitada. Há também a sentença absolutória imprópria, que absolve o réu por inimputabilidade, mas impõe uma medida de segurança.

Neste sentido, a sentença possui efeito preclusivo, pois ela "sana, no dizer de inúmeros provimentos e doutrinadores, as fases anteriores, de tal sorte, por exemplo", que "Uma vez prolatada sentença penal condenatória, fica sem objeto o *mandamus* que objetiva a declaração de nulidade do auto de prisão em flagrante e a revogação da prisão preventiva decretada contra o ora paciente" (STJ, DJ 7-3-2005, p. 303, rel. Felix Fischer).[814]

Estruturalmente, são requisitos facultativos da sentença: "a) preâmbulo; e b) ementa". Os requisitos estruturais fundamentais previstos na norma: "a) relatório; b) fundamentação; c) dispositivo; d) individualização da pena (se for hipótese de sentença penal condenatória); e) disposições finais; e f) parte autenticativa ou fecho".

Já nos "Juizados Especiais Criminais, Estaduais ou Federais, é dispensável o relatório, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.099/1995,

ou seja, o relatório é requisito facultativo", diversamente das demais espécies de procedimento criminal. [815]

Tais requisitos foram discutidos no item 12.1.5 supra.

16.8.2.1 Da publicação e intimação da sentença

A publicação da sentença no processo penal é regulamentada pelo art. 389 do CPP, que determina que a sentença seja entregue ao escrivão no cartório respectivo, que lavrará o respectivo termo nos autos. Embora a prática atual envolva sistemas informatizados em vez de livros de registro, a publicação ocorre com o registro em cartório, que atualmente é eletrônico. A publicação da sentença é um ato formal distinto da intimação das partes, sendo fundamental para que a sentença tenha existência jurídica. Até a sua publicação, a sentença é apenas uma expectativa, como leciona Mirabete.[816]

A data de publicação é fixada quando a sentença é entregue ao cartório, independentemente da data aposta pelo juiz. Se não houver certificação da publicação nos autos, presume-se que ela ocorreu na data do primeiro ato processual subsequente, como a intimação das partes.

Em casos de sentença proferida em audiência ou em julgamentos pelo júri, a sentença é considerada publicada quando ditada pelo juiz ou lida no plenário. Não é necessário um termo específico, pois o próprio termo de audiência ou a ata de plenário já registram a publicação.

Após a publicação, o juiz não pode mais alterar a sentença, exceto para corrigir erros materiais ou para apreciar embargos declaratórios. A publicação também interrompe a prescrição em caso de sentença condenatória recorrível, conforme o art. 117, IV, do CP.

A intimação das partes segue critérios específicos. O Ministério Público deve ser intimado pessoalmente (arts. 370, § 4º, 390, 798, § 5º, e 800, § 2º, do CPP). O defensor nomeado e o defensor público também devem ser intimados pessoalmente (art. 370, § 4º, e art. 44, I, da Lei Complementar 80/1994). O defensor constituído, o advogado do querelante e o assistente de acusação são intimados por meio de publicação no órgão oficial (arts. 370, § 1º, e 391, do CPP).

No caso do réu, a intimação segue o disposto no art. 392 do CPP. Se estiver preso, a intimação é pessoal. Se solto, pode ser feita ao réu ou ao seu defensor constituído. Se o réu não for encontrado, a intimação poderá ser feita por edital.

Para sentenças absolutórias, não há necessidade de intimação pessoal do réu, bastando a ciência do advogado, conforme precedentes do STF. A intimação por mandado ou precatória começa a contar da efetiva intimação, não da juntada aos autos (Súmula 710 do STF). Tal súmula é importante para não perder prazos recursais.

Quanto à intimação da pronúncia, ela deve ser feita pessoalmente ao réu, e, se não for localizado, será intimado por edital (art. 420, I e parágrafo único, do CPP). O defensor público e o nomeado também devem ser intimados pessoalmente, enquanto os defensores constituídos e advogados do querelante e do assistente de acusação são intimados por publicação no órgão oficial.

No que diz respeito aos acórdãos, a intimação pessoal do réu não é necessária, conforme entendimento consolidado do STJ, exceto para o Ministério Público e o Defensor Público, que devem ser intimados pessoalmente.

Nos casos de foro por prerrogativa de função, o tribunal atua como 1º grau de jurisdição, aplicando-se as mesmas regras da

sentença condenatória: o réu preso deve ser intimado pessoalmente, e o réu solto, por meio de seu defensor.

16.8.3 Dos Recursos Cabíveis

O Recurso de apelação (art. 593, CPP) é cabível contra decisões definitivas de absolvição sumária ou condenação, proferidas por juiz singular ou pelo tribunal do júri; em decisões definitivas quando for cabível recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP); entre outros casos.

> *Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)*
> *I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)*
> *II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)*
> *III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)*
> *a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)*
> *b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)*
> *c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)*
> *d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.*

Discussões pormenorizadas sobre o assunto serão tratadas em capítulo específico aos recursos.

16.8.4 Da Coisa julgada

A coisa julgada no processo penal, segundo Liebman[817], é o estado de imutabilidade de uma decisão judicial após o seu trânsito em julgado, ou seja, quando não há mais possibilidade de interposição de recursos. Ela pode ser dividida em coisa julgada formal e coisa julgada material.[818] Uma parte da doutrina ainda defende a coisa julgada material parcial e a coisa soberanamente julgada, conforme se verá a seguir.

A coisa julgada é um instituto garante segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais, sendo fundamental para encerrar o conflito de interesses. A seguir será debatido os tipos de coisa julgada.

a) Coisa julgada formal: Refere-se à impossibilidade de modificação da decisão dentro do mesmo processo, efeitos intrínsecos (art. 503 do CPC e art. 110, §2º, do Código de Processo Penal - CPP). Ela impede que o juiz ou as partes rediscutam a sentença no âmbito daquele processo específico, a sentença não pode ser revista ou modificada dentro do mesmo processo, mantendo-se imutável quanto às matérias já decididas.

b) Coisa julgada material: trata-se da imutabilidade da sentença em qualquer outro juízo ou ação, ou seja, impede que a decisão seja rediscutida em ações futuras (art. 502 do CPC e art. 110, §2º, do CPP). No processo penal, a coisa julgada material ocorre principalmente em sentenças absolutórias, pois estas não podem ser revisadas, conforme o art. 386, VI, do CPP. Por outro lado, as sentenças condenatórias não geram coisa julgada material de forma irrestrita, podendo ser revistas em casos de novas provas de inocência (revisão criminal, art. 621 do CPP) ou nulidades processuais.[819]

c) Coisa julgada soberanamente julgada[820]: esse conceito refere-se à impossibilidade absoluta de revisão da decisão. No direito brasileiro, somente as sentenças absolutórias produzem coisa julgada soberanamente julgada, pois não existe a possibilidade de revisão criminal *pro societate* (em favor da acusação), conforme o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (CF), e art. 8º, 4, da Convenção

Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que veda o duplo julgamento pelo mesmo fato após a absolvição. [821]

Entretanto, Dezem demonstra que em casos excepcionais de graves violações de direitos humanos, a coisa julgada, mesmo absolutória, pode ser relativizada. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em diversos julgados, permitiu a reabertura de investigações, ainda que já houvesse sentença absolutória com trânsito em julgado, quando constatadas falhas graves no devido processo legal. Isso preserva o direito à memória e à verdade, conforme o entendimento consolidado no caso da Masacre de La Rochela vs. Colômbia[822]. Apesar disso, cumpre ressaltar que tal entendimento não é aplicado no Brasil no âmbito do processo penal.

d) Coisa julgada parcial: esse conceito se aplica quando há formação da coisa julgada em diferentes fases de um processo. Ela ocorre, por exemplo, quando o recurso interposto se limita a uma parte do processo (art. 502 do CPC). No processo penal, o Supremo Tribunal Federal (STF) admite a formação de coisa julgada parcial, como ficou claro no julgamento da Ação Penal 470/MG, onde se permitiu a execução da sentença para os crimes não cobertos por embargos infringentes. Entretanto, alguns doutrinadores discordam desse entendimento, argumentando que o efeito translativo dos recursos permite que o tribunal analise todos os aspectos, mesmo aqueles sobre os quais já houve a formação de coisa julgada parcial. [823]

Por derradeiro, a questão do momento da formação da coisa julgada é relevante, pois está relacionada com a contagem de prazos para a prescrição do delito (art. 117 do Código Penal). O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem decidido que a coisa julgada se forma no momento do esgotamento do prazo para interposição do último recurso cabível na origem, independentemente de eventual interposição de recursos extraordinários que sejam posteriormente considerados incabíveis ou não conhecidos (AgRg nos EDcl no AREsp 803840/SP). [824]

16.8.4.1 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

A coisa julgada no processo penal é o instituto que confere imutabilidade às decisões judiciais, impedindo sua rediscussão. Ela se divide em limites objetivos e subjetivos.

Os limites objetivos referem-se ao que, exatamente, é afetado pela coisa julgada. No processo penal, isso está relacionado ao fato naturalístico (fato da vida real), ou seja, o fato histórico, independentemente da qualificação jurídica que possa ser dada. Segundo o art. 110, §2º do Código de Processo Penal (CPP), a coisa julgada se dá sobre o fato principal. Por exemplo, uma pessoa absolvida pelo crime de roubo não pode ser processada novamente pelo mesmo evento sob a acusação de furto, pois o contexto histórico já foi analisado e decidido.

Por outro lado, os limites subjetivos da coisa julgada tratam de quem é afetado por ela. Em regra, apenas as partes diretamente envolvidas no processo são impactadas, ou seja, o acusado e a parte que ajuizou a ação, seja o Ministério Público ou o querelante. A coisa julgada não afeta terceiros que não participaram da relação processual.

Em situações de duplicidade de processos, a decisão que prevalece, conforme o entendimento do STF, é a que tiver transitado em julgado primeiro. No entanto, o STJ entende que, em casos onde uma das decisões foi proferida por um juízo incompetente, deve prevalecer a decisão mais benéfica ao réu, garantindo a proteção de seus direitos.

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DUPLICIDADE DE AÇÕES PENAIS PELO MESMO FATO. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. PREVALÊNCIA DO PRIMEIRO DECISUM IMUTÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No caso, foram distribuídas duas ações penais contra os recorrentes, ambas na Comarca de Santarém - PA, para a apuração dos mesmos fatos - prática de conjunção carnal com a vítima, menor de 14 anos à época dos fatos. 2. A primeira ação penal foi distribuída ao Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e a sentença foi proferida em 21/11/2013 para condenar os réus como incursos no art.217-A do Código Penal. A condenação transitou em julgado em 18/12/2014. 3. A segunda persecução criminal foi distribuída ao Juízo da 2ª Vara Criminal. Em 22/5/2015, foi proferida sentença absolutória, que transitou em julgado em 29/10/2015.4. No que atine ao conflito de coisas julgadas, a Terceira Seção desta Corte Superior afirmou que "a primeira decisão é a que deve preponderar" (AgRg nos EmbExeMS n. 3.901/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti, DJe 21/11/2018). Ainda que a análise haja sido realizada no âmbito do processo civil, os apontamentos feitos podem ser aplicados, também, ao processo penal. 5. A solução é consentânea com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada em mais de uma oportunidade. Nesse sentido: HC n.101.131/DF (Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, 1ª T., DJe 10/2/2012); HC n. 77.909/DF (Rel. Ministro Moreira Alves, 1ª T., DJ 12/3/1999); HC n. 69.615/SP (Rel. Ministro Carlos Velloso, 2ª T., DJ 19/2/1993).6. A prevalência da primeira decisão imutável é reforçada pela quebra do dever de lealdade processual por parte da defesa. A leitura da segunda sentença - proferida após o trânsito em julgado da condenação - permite concluir que a duplicidade não foi mencionada sequer nas alegações finais.7. Ainda, a hipótese em exame guarda outra peculiaridade, a justificar a manutenção do primeiro decisum proferido: a absolvição dos réus, na segunda sentença, contraria jurisprudência - consolidada à época - do Superior Tribunal de Justiça. 8. Ainda que o julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480. 881/PI pela Terceira Seção do STJ seja posterior à prolação da sentença mencionada (26/8/2015), o entendimento já estava uniformizado na jurisprudência e, em abril de 2014, a matéria foi pacificada por força do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.152.864/SC (Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª S., DJe 1/4/2014).9. Recurso não provido. (RHC 69.586/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR,Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 04/02/2019)*

Portanto, a coisa julgada no processo penal visa assegurar a segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais, ao mesmo

tempo que protege os direitos fundamentais do acusado, respeitando a imutabilidade dos fatos e as partes envolvidas.

---

719 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

720 PACELLI, Eugênio **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

721 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 248.

722 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.1

723 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.1

724 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.1

725 GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del processo**: teoria general del proceso. 2. ed. Buenos Aires: EJEA, 1961

726 GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del processo**: teoria general del proceso. 2. ed. Buenos Aires: EJEA, 1961

727 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.1

728 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.1

729 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25.

730 FAZZALARI, Elio. **Processo (Teoria Generale).** Novissimo Digesto Italiano. Torino: UTET, v. 13, 1966.

731 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.1

732 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.1

733 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.1

734 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-12.1

735 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p 111.

736 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 29.

737 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

738 FERNANDES, Antonio Scarance e LOPES, Mariângela. O recebimento da denúncia no novo prcedimento. **Boletim do Ibccrim**, v. 16, n. 190, p. 2-3, 2008

739 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

740 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

741 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

742 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

743 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

744 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

745 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

746 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

747 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

748 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

749 ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. **Tribunal do júri, pronúncia e falácia do *in dubio pro societate*.** Disponível em: https://www.tjms.jus.br/storage/GP/artigos/20180606135320.pdf Acesso em 20 jan. 2024.

750 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

751 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

752 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

753 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

754 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

755 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

756 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 942.

757 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

758 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

759 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

760 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

761 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

762 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

763 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2024.

764 PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

765 PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

766 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, n.p.

767 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

768 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

769 ABREU, Florêncio de. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

770 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

771 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

772 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RL-1.64.

773 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RL-1.64.

774 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

775 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

776 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

777 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

778 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

779 BORGES, Danilo Marques; NEDER, Alex. O direito ao silêncio parcial e a resistência da cultura inquisitorial no tribunal do júri brasileiro. *In:* SPENGLER, Adriana, FUZIGER, Rodrigo ASFÓRA, Sheyner [orgs.]. **Temas contemporâneos da advocacia criminal**: aspectos dogmáticos, processuais e de defesa das prerrogativas profissionais. São Paulo: Abracrim – Editora D'Plácido, 2024.

780 BORGES, Danilo Marques; NEDER, Alex. O direito ao silêncio parcial e a resistência da cultura inquisitorial no tribunal do júri brasileiro. *In:* SPENGLER, Adriana, FUZIGER, Rodrigo ASFÓRA, Sheyner [orgs.]. **Temas contemporâneos da advocacia criminal**: aspectos dogmáticos, processuais e de defesa das prerrogativas profissionais. São Paulo: Abracrim – Editora D'Plácido, 2024.

781 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 824.

782 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

783 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

784 BARBOSA, Marcelo Fortes. **Tribunal do Júri** - Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira, São Paulo: RT, 1999.

785 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

786 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

787 TRANJAN, Alfredo. **A Beca Surrada** - Meio Século no Foro Criminal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994, p. 245.

788 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

789 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

790 CAMPOS, Walfredo Cunha.**Tribunal do Júri**: teoria e prática. Leme: Mizuno, 2022, p. 209.

791 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

792 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

793 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

794 TORRES, Magarino. **Processo Penal do Jury no Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939, p. 441

795 WHITAKER, Firmino. **Jury.** 6.ed. São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia. 1930, p. 173

796 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 999.

797 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024

798 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024

799 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 999.

800 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

801 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

802 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024

803 NASSIF, Aramis. **Sentença pena**l: o desvendar da Themis. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. xxi.

804 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 195.

805 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024

806 CAVALLO, Vincenzo. **La sentenza penale**. Napoli: Eugenio Jovene, 1936, p. 419.

807 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense

808 BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 453.

809 BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

810 SILVA, Rudson Coutinho da; FISCHER, Douglas. Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html>Acesso em: 03 out. 2023.

811 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 266.

812 RAYMUNDO, Adhemar. Ensaios. Da Sentença. *In:* **Estudos Jurídicos em Homenagem a Joaquim Canuto**, p. 32-40, ed. RT, 1987.

813 RAYMUNDO, Adhemar. Ensaios. Da Sentença. *In:* **Estudos Jurídicos em Homenagem a Joaquim Canuto**, p. 32-40, ed. RT, 1987.

814 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 391.

815 LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. **Curso de sentença penal**. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2023, p. 64.

816 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

817 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 6.

818 HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Algumas considerações sobre a coisa julgada no direito processual penal. **Revista da EMERJ,** v. 8, n. 29, 2005.

819 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

820 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013

821 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

822 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

823 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

824 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013

17 DAS NULIDADES

O legislador, com o intuito de evitar que as providências processuais se desvirtuassem com a prática de atos inúteis à descoberta da verdade e principalmente garantir a observância dos elementos essenciais à reconstrução histórica do fato criminoso, estabeleceu a necessidade de seguir modelos legais específicos na condução processual. O não cumprimento dessas regras recebe a denominação de nulidade, que se define como uma sanção destinada a compelir o juiz e as partes a observarem a estrutura legal prescrita.

No procedimento judicial, os atos processuais devem ser realizados conforme a lei, garantindo a tipicidade do ato processual, no entanto, quando as regras processuais não são seguidas, podem acarretar circunstâncias de consequências graves para o andamento do processo, como a declaração de nulidades. Essas nulidades podem causar atrasos e exigir a repetição de atos processuais, comprometendo a eficiência e a continuidade do procedimento.

A vista disso, as nulidades têm o objetivo de assegurar a justiça e a legalidade no processo, garantindo que todos os atos sejam realizados de acordo com as normas legais vigentes. Elas funcionam, desta forma, como um mecanismo de controle para proteger os direitos das partes e manter a integridade do julgamento, evitando que o processo se desvirtue e garantindo um julgamento justo e adequado.

17.1 Conceito, Natureza Jurídica e Princípios Gerais

No estudo do processo penal, os vícios que atingem os atos processuais derivam da natureza instrumental do procedimento, que

exige a observância em seguir as regras e formalidades específicas previstas em lei.

É possível conceituar nulidade como a situação em que se depara "um ato que [...] torna-o vulnerável quanto à sua eficácia. Ou [...] é o estado em que se encontra um ato, que o torna passível de deixar de produzir seus efeitos próprios e, em alguns casos, destrói os já produzidos".[825]

O centro dessas formalidades visa garantir o devido processo legal e assegurar que os atos processuais sejam realizados de forma regular e legítima. Na hipótese de desvio dessas regras, o ato torna-se, pois, viciado, sendo a gravidade do vício determinada pela intensidade da irregularidade e pelo impacto no procedimento.[826] De fato, a ausência de observância do "regramento para a construção do ato processual gera uma sanção jurídica: a nulidade do ato, e uma consequência: a reconstrução desse ato, segundo o padrão legal estabelecido, se ainda houver tempo e oportunidade para tanto."[827]

A natureza jurídica da nulidade é objeto de intenso debate pela doutrina, divergindo entre considerá-la um vício ou uma sanção. Alguns a veem como uma combinação de ambos. Há uma ligação com o direito material, especialmente o penal, no qual a nulidade poderia ser vista como uma sanção por violação de um preceito. No entanto, a visão predominante é que a nulidade é mais um vício processual, pois a tentativa de aplicar a lógica de preceito-sanção do direito penal ao processo penal não se ajusta bem, devido à complexidade e à variedade de regras processuais, em contraste com a maior clareza dos tipos penais.[828] Espínola Filho compreende a nulidade mais como um defeito que gera implicações, não sendo o caso de nomear como uma sanção inerente ao direito material.[829]

As nulidades, nesse contexto, são classificadas, de acordo com a Teoria Unitária, como absolutas ou relativas; há, ainda, os atos inexistentes e os atos irregulares.

Na forma que as nulidades absolutas ocorrem quando há violação de normas essenciais, afetando diretamente garantias fundamentais, o que consequentemente gera a necessidade de anulação imediata do ato ou do processo. [830]

A prova ilícita é uma forma específica de nulidade, sendo uma prova obtida de maneira contrária à lei, seja constitucional ou infraconstitucional, e, por isso, é inválida. O Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 157, determina que essa prova seja desentranhada do processo, ou seja, retirada para que não produza efeitos. O mesmo princípio deveria ser aplicado aos atos processuais declarados nulos, garantindo que as informações obtidas por meio desses atos não influenciem novos atos, evitando que se tornem meramente ratificações dos atos anulados. Isso é importante para manter a integridade do processo penal, preservando a originalidade da cognição processual, de modo semelhante ao tratamento dado às provas ilícitas.[831]

Já por sua vez as nulidades relativas dependem da comprovação de prejuízo para a parte envolvida no processo e só serão declaradas se esse prejuízo for demonstrado.[832]

Em ambos os casos, o reconhecimento do vício objetiva corrigir o procedimento e restabelecer a legalidade no processo. As características, elementos e discussões doutrinárias sobre as nulidades absolutas e relativas, serão debatidas em capítulo próprio.

Desta forma, pode-se abordar que a nulidade processual é um vício que afeta a validade de um ato processual ou do processo como um todo, por não seguir o modelo legalmente estabelecido. O

entendimento e a aplicação prática do tema em questão exigem familiaridade com os princípios específicos envolvidos que compõem a compreensão das nulidades.[833]

Os atos inexistentes, embora não mencionados explicitamente na legislação, são reconhecidos pela doutrina como situações em que o ato é tão desconforme com a lei que não possui validade jurídica. Nesses casos, o ato é considerado um "não ato", por faltar um elemento essencial para sua existência. A desconsideração do ato inexistente não requer intervenção judicial, pois ele simplesmente não gera efeitos legais. A convalidação é impossível, e a ausência de contestação não causa preclusão. Exemplos incluem sentenças sem base legal, audiências presididas por defensores e decisões assinadas por outros serventuários, em vez de juízes.

Os atos irregulares decorrem de um vício que resulta da desobediência a uma exigência formal legal, mas que não prejudica o andamento do processo, não causando a ineficácia do ato. Esses defeitos não afetam aspectos essenciais do procedimento. Um exemplo é a prolação de sentença após o prazo legal, que embora viole a regra da razoável duração do processo, não justifica sua invalidação, pois tal medida seria contraditória ao objetivo do processo e ao escopo de celeridade processual.

No caso de uma sentença que extingue a punibilidade com base em uma certidão de óbito falsa, o STF entende que há um vício de inexistência, e não de nulidade absoluta, diferindo da doutrina dominante (HC 104998). Nesse caso, a solução é desconsiderar a certidão e a sentença, proferindo uma nova decisão. Se fosse considerada nulidade absoluta, não seria possível revisar a sentença, pois o ordenamento jurídico brasileiro não permite a revisão *pro societate* impedindo a correção judicial da nulidade.

17.1.1 Princípios

É importante reconhecer que há considerável divergência entre doutrinadores e decisões judiciais quanto a respeito aos diferentes pontos de vista sobre o assunto. Assim, a seguir, são apresentados os principais princípios relacionados e que colabora:

a) O Princípio do prejuízo, ou como é denominado por várias razões, o princípio da economia processual (não há nulidade sem prejuízo – *pas de nulitté sans grief*): compreende que não se proclama existência de uma nulidade, buscando-se refazer o ato – com perda de tempo e gastos materiais para ambas as partes – caso não advenha qualquer prejuízo concreto. Este está presente no conteúdo do art. 563 do Código de Processo Penal "nenhum ato será declarado nulo, se dá nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". Reiteradamente este tema tem sido apreciado junto aos tribunais, sendo a orientação da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que:

> *O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. (STF, HC 115.336/RS, 2ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21-5-2013, DJe n. 105, de 5-6-2013.)*
> *O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). (STJ, HC 336.508/SP, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 3-4-2018, DJe de 9-4-2018.)*
> *Não se declara nulidade no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio pas de nullité sans grief positivado no art. 563 do Código de Processo Penal e consolidado no Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal". (STJ, AgInt no REsp 1.722.003/SC, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 5-4-2018, DJe de 16-4-2018.)*

Há quem defenda que a necessidade de demonstração de prejuízo não alcança apenas a nulidade relativa, mas também engloba a absoluta:

> *A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, "o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades — pas de nullité sans grief — compreende as nulidades absolutas" (HC 81.510, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., unânime, DJ de 12-4-2002)*

É importante destacar que nem sempre é possível comprovar de forma concreta o prejuízo causado por uma nulidade processual, Marcão[834] aponta que tal situação leva à concepção de nulidade por prejuízo indemonstrável. Para o autor esse conceito torna a questão mais complexa, pois há situações em que, apesar de não haver uma demonstração objetiva de dano, a violação de garantias processuais exige que o ato seja considerado nulo. Isso ocorre, por exemplo, na aplicação do art. 212 do CPP, que determina que as perguntas às testemunhas devem ser feitas diretamente pelas partes, cabendo ao juiz apenas complementar a inquirição quando necessário.

Quando a ordem de inquirição não é respeitada, ocorre uma violação do devido processo legal e do princípio do contraditório, elementos fundamentais do sistema processual acusatório. A inobservância dessa ordem pode resultar em nulidade absoluta, uma vez que o procedimento correto visa garantir a imparcialidade e a justiça no julgamento. Ainda que não seja possível provar de maneira concreta o prejuízo sofrido pela defesa, o desrespeito a essas formalidades gera um vício que compromete a validade do ato processual.

Nesse tipo de situação, o prejuízo é considerado indemonstrável, ou seja, não se pode exigir que o acusado prove o impacto negativo causado por essa violação, pois seria praticamente impossível mensurar o prejuízo. A simples infração às regras procedimentais, por si só, já é suficiente para configurar a nulidade, uma vez que fere a estrutura essencial de um processo justo e equilibrado.

b) O Princípio "Não há nulidade provocada pela parte": preceitua o art. 565 do Código de Processo Penal que a parte não poderá arguir nulidade a que haja dado causa ou para que tenha concorrido, demonstrando, com razão, dever prevalecer a ética na produção da prova, afastando-se a má-fé.

De fato, a parte não pode se beneficiar da própria torpeza.

Aliás, do mesmo modo que é exigido interesse para a prática de vários atos processuais, inclusive para o início da ação penal e para a interposição de recurso, exige-se tenha a parte prejudicada pela nulidade interesse no seu reconhecimento.[835] Logo, não pode ser ela a geradora do defeito, plantado unicamente para servir a objetivos escusos.

Espera-se que tal regra seja fielmente observada na avaliação do disposto no art. 478 do CPP, introduzido pela Lei 11.689/2008: "Durante os debates, as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento em seu prejuízo".

Nesse cenário, é possível que qualquer das partes, por razões variadas, deseje plantar uma nulidade, durante os debates em plenário do Tribunal do Júri. Para tanto, bastaria fazer menção a qualquer dos assuntos proibidos. Ora, detectada a má-fé ou a estratégia antiética, é natural que o feito não seja anulado, permanecendo na íntegra o julgamento realizado.

c) O Princípio "Não há nulidade por omissão de formalidade que só interesse à parte contrária". Também no art. 565 do CPP é disposto que nenhuma das partes poderá arguir

nulidade referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Se a existência de prejuízo é pressuposto para a declaração de nulidade, só aquele que o suportou é que poderá invoca-la.[836] Essa vedação também decorre da necessidade de legitimação e interesse jurídico para tal tipo de alegação. Assim, ainda que não seja a causadora do vício processual, não cabe a uma parte invocar nulidade, que somente beneficiaria a outra, mormente quando esta não se interessa em sua decretação (ex.: argui nulidade o promotor por não ter sido a defesa intimada da expedição de carta precatória para ouvir testemunhas em outra Comarca, embora afirme o defensor que nenhum prejuízo sofreu a defesa do réu. Ainda que possa representar um ponto de cerceamento de defesa, somente a esta interessa requerer o seu reconhecimento).

d) O princípio "Não se declara nulidade de ato irrelevante", de acordo com o art. 566 do Código de Processo Penal, não se proclama nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade real ou na decisão da causa. Baseado no princípio geral de que, sem prejuízo, não há que se falar em nulidade, é possível haver um ato processual praticado sem as formalidades legais, que, no entanto, foi irrelevante para chegar-se à verdade real no caso julgado. Assim, preserva-se o praticado e mantém-se a regularidade do processo. Exemplo: A testemunha que se pronunciar em idioma estrangeiro deve ter intérprete (art. 223). É a formalidade do ato. Se ela for ouvida sem o intérprete, mas seu depoimento foi considerado irrelevante pelo juiz e pelas partes, não se proclama a nulidade.

e) O Princípio da causalidade: significa que a nulidade de um ato pode ocasionar a nulidade de outros que dele decorram,

tendo em vista a natural conexão dos atos realizados no processo, objetivando a sentença. É o que se denomina, também, de nulidade originária e nulidade derivada. O art. 573, § 1.º, do CPP, utiliza o termo "causará", demonstrando que a nulidade de um ato deve provocar a de outros, quando estes dele dependam diretamente ou sejam consequência natural do anulado.

Assim, é preciso verificar, na cadeia de realização dos vários atos processuais, se o eivado de nulidade trouxe, como decorrência outros, ou não. O interrogatório do réu é feito com base na denúncia. Se esta é anulada, naturalmente o interrogatório também precisa ser refeito.[837]

Entretanto, se uma testemunha é ouvida sem a presença do réu, não intimado, provocando a impossibilidade do reconhecimento, por exemplo, anula-se o ato, o que não prejudica outra audiência que se tenha seguido àquela, cujas partes compareceram regularmente. Cabe ao magistrado ou tribunal que reconhecer a nulidade ocorrida mencionar, expressamente, todos os atos que serão renovados ou retificados, ou seja, cabe-lhe proclamar a extensão da nulidade.

f) O Princípio da convalidação: própria das nulidades relativas, ocorre se não arguidas no momento correto, gerando-se, com isso, a preclusão da oportunidade para fazê-lo. Está prevista no art. 572, I, do CPP, que trata das nulidades sanáveis. Observe-se que o *caput* desse dispositivo deve ser interpretado com cautela, visto que faz referência a apenas determinadas nulidades, quais sejam as previstas no art. 564, III, d e e, 2.ª parte, g e h, e IV, do CPP. Ocorre que, na atualidade, nem todas essas nulidades são consideradas relativas.[838]

Por outro lado, outras existem que são relativas na atual concepção e não se encontram referidas naquele artigo. Por exemplo, embora o art. 572, *caput*, trate a violação de formalidade essencial do ato (art. 564, IV) como uma nulidade sanável, na sistemática jurídica moderna essa forma de vício é considerada nulidade absoluta se afetar garantias, princípios ou preceitos de ordem constitucional, ou, até mesmo, causa de inexistência, caso comprometa elementos tão relevantes que obriguem a que seja o ato ignorado, desprezado, tratado como uma mera aparência de ato.

g) Princípio da Instrumentalidade das Formas: previsto no art. 566 do CPP, estabelece que a nulidade de um ato processual só será declarada se este tiver prejudicado a apuração da verdade ou a decisão da causa. Esse princípio reforça que as formalidades processuais são instrumentos para atingir um fim, e não um objetivo em si mesmas. A nulidade só será reconhecida quando o vício comprometer a finalidade da forma prevista. Se o ato alcançar o objetivo, mesmo de forma imperfeita, não há motivo para nulidade. Esse princípio também se aplica por analogia no processo penal, conforme previsto no Novo Código de Processo Civil (art. 282, § 2º).

h) Princípio do Interesse: determina que apenas quem tiver um interesse legítimo pode alegar a nulidade de um ato processual. A nulidade não pode ser invocada por quem a causou, foi beneficiado por ela, ou quando apenas a outra parte tem interesse na formalidade violada (art. 565 do CPP). Esse princípio evita comportamentos de má-fé, onde alguém tenta causar um defeito para depois se beneficiar. Ademais, não se reconhece a nulidade se o ato não causou prejuízo à parte que alega, apenas à parte adversária, pois

estaria ausente o interesse necessário para justificar a invalidação.

i) Princípio da Não Preclusão e do Pronunciamento *ex Officio*: estabelece que as nulidades absolutas não precluem e podem ser reconhecidas pelo juiz ou tribunal a qualquer momento, sem necessidade de arguição pela outra parte, desde que a decisão ainda não tenha transitado em julgado. Contudo, a Súmula 160 do STF faz exceção ao impedir o reconhecimento *ex officio* de nulidades em prejuízo do réu, se não forem arguidas pela acusação, exceto em casos de recurso de ofício. Assim, se o vício favorecer o réu, o tribunal pode reconhecê-lo de ofício; caso contrário, a nulidade só pode ser arguida pela acusação. A única exceção ocorre quando há incompetência absoluta, que deve ser reconhecida mesmo que prejudique o réu e não tenha sido arguida pela acusação.

17.1.2 Nulidade de algibeira

A estratégia processual conhecida como "nulidade de algibeira" ocorre quando uma parte, ao perceber um vício processual, opta por não impugnar imediatamente, resguardando essa questão para um momento mais conveniente é comum tanto no processo penal, quanto no cível.

Essa prática, segundo o STJ, fere os princípios da boa-fé processual, é frequentemente repulsada pelos tribunais brasileiros, especialmente pelo STJ. Em julgamentos como o RHC 115.647 e o AREsp 1.734.523, os ministros condenaram essa estratégia por ser contrária à lealdade processual, destacando que a nulidade deve ser alegada logo que identificada.

O termo “nulidade de algibeira” foi introduzido pelo ministro Humberto Gomes de Barros no REsp 756.885, no qual a parte aguardou o momento oportuno para alegar nulidade em uma intimação, mesmo sem prejuízo processual. Em outros casos, como no REsp 1.637.515 e no REsp 1.714.163, os ministros reforçaram que as nulidades processuais, especialmente em situações como citação e intervenção do Ministério Público, devem ser levantadas no momento adequado, sob pena de preclusão.

A seguir, exemplo do debatido aqui:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ALEGAÇÕES DE INCONSISTÊNCIA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. WRIT ORIGINÁRIO. NÃO CONHECIDO. MATÉRIA PRECLUSA. NULIDADE DE ALGIBEIRA. PRÁTICA NÃO TOLERADA PELA JURISPRUDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
> *1. Na espécie, o Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo regimental interposto da decisão monocrática que não conheceu do pedido, ao argumento de que a matéria já havia sido decidida na apelação.*
> *2. Em consulta ao AResp 446.040/GO interposto pelo ora recorrente do acórdão que julgou a apelação nestes autos referenciada, verifica-se que a sentença condenatória data de agosto de 2010 e as razões da apelação são de abril de 2011 e, dentre as nulidades lá arguídas, não consta qualquer menção à questão de que houve resposta absolutória ao 3ª quesito, mas houve lavratura de sentença condenatória pela Juíza Presidente.*
> *3. Não se vislumbra, nesta sede mandamental, razão ao recorrente, pois ocorreu a preclusão da matéria, uma vez que a pretensa nulidade não foi arguída no recurso de apelação criminal, ou seja, na primeira oportunidade em que teve a defesa de se manifestar.*
> *Precedentes.*
> *4. Demais disso, a jurisprudência dos Tribunais superiores não tolera a chamada “nulidade de algibeira” - aquela que, podendo ser sanada pela insurgência imediata da defesa após ciência do vício, não é alegada, como estratégia, numa perspectiva de melhor conveniência futura. Observe-se que tal atitude não encontra ressonância no sistema jurídico vigente, pautado no princípio da boa-fé processual, que exige lealdade de todos os agentes processuais.*
> *5. Não há falar em indevida supressão de instância, pois a decisão ora atacada lançou mão de argumentos para fundamentar a razão pela qual não haveria necessidade de se retornar os autos ao Tribunal de origem para julgamento da matéria suscitada, até porque tal análise não caberia mais ao TJGO, consoante explicitado no acórdão originário atacado.*
> *6. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no RHC n. 115.647/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe de 20/10/2020.)*

A jurisprudência ressalta que, para a nulidade ser reconhecida, é preciso haver a demonstração de prejuízo, e a estratégia de resguardar o vício para manifestação ulterior é considerada uma violação da boa-fé processual. Assim, é mais prudente que a nulidade seja alegada no primeiro momento processual disponível, ainda que ela não seja conhecida imediatamente.

17.2 Nulidades em Espécie

O *caput* do art. 564 do CPP, embora liste atos processuais passíveis de anulação, não é um rol taxativo. As reformas no CPP e as leis de procedimentos especiais criaram incongruências, dificultando um sistema fechado de nulidades. A vasta lista de direitos e garantias constitucionais também inviabiliza essa limitação, e a jurisprudência frequentemente aborda nulidades além das previstas no art. 564 do CPP.[839]

Apesar disso, a seguir são debatidas as hipóteses previstas no art. 564.

I) por incompetência, suspeição ou suborno do juiz: a competência define os limites do poder jurisdicional do juiz e pode ser classificada em absoluta (inerente ao interesse público) ou relativa (associada ao interesse das partes e prorrogável).

Na incompetência absoluta, o juiz não tem poder jurisdicional, invalidando todos os atos processuais e podendo ser reconhecida *ex officio*. Já a incompetência relativa, como a territorial, permite que o juiz julgue, mas depende de arguição das partes e é sanável se não alegada no início do processo.

Sendo o caso de "competência constitucional, a sua violação importa na inexistência do ato e não simplesmente na anulação" é o caso de processar "criminalmente um promotor de justiça em uma

vara comum de primeira instância, em vez de fazê-lo no Tribunal de Justiça".[840]

Em caso de incompetência relativa, inobstante a disposição do art. 109 do CPP, prevalece o entendimento esposado na Súmula n. 33 do STJ: "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício". Assim, não arguida pela parte na primeira oportunidade de se manifestar no processo, haverá a prorrogação da competência e não será passível de nulidade.

Também, súmula 706 do STF: "é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção".

Via de regra coisa julgada normalmente valida nulidades processuais, e apenas o réu pode questioná-la por meio de revisão criminal ou habeas corpus, alegando nulidade absoluta. Contudo, a incompetência constitucional, que torna os atos do juiz inexistentes, não pode ser sanada pela coisa julgada, pois juridicamente a sentença é inexistente. Se o reconhecimento da invalidade for favorável ao réu, o processo deve ser renovado.[841]

No entanto, se a incompetência prejudicar o réu, segundo Ada Pellegrini Grinover e outros autores, a sentença absolutória deve ser convalidada, sem renovação dos atos, para preservar os princípios do *favor rei* e do *favor libertatis*.[842] Isso evita que o réu seja prejudicado por uma incompetência que não foi alegada pela acusação a tempo, respeitando a coisa julgada em casos de absolvição (coisa soberanamente julgada). [843]

De acordo com o art. 567 do CPP, a nulidade dos atos praticados por juiz absolutamente incompetente se limita aos atos decisórios. Tanto o STJ quanto o STF adotam esse entendimento, como no Agravo Regimental na AP 695/MT, onde o STF decidiu que atos processuais anteriores à diplomação de um parlamentar não

precisam ser refeitos, apenas ratificados pelo órgão competente. No que tange à atuação do Ministério Público, o STF afastou a existência do princípio do promotor natural, como decidido no HC 83.463/RS, e o STJ tem aceitado a validade de denúncias recebidas por juízes, mesmo sem manifestação de um novo promotor, conforme o Recurso Ordinário em HC nº 25.314/MG.[844]

A suspeição gera nulidade absoluta, enquanto o impedimento causa inexistência do ato. De fato, estar o juiz proibido de exercer, naquele processo, a sua jurisdição, art. 252, CPP, torna os atos por ele conduzidos inexistentes, embora Greco Filho discorde, defendendo ser causa de nulidade absoluta, eis que o juiz não está desinvestido de jurisdição.[845]

Suborno é causa de nulidade absoluta, pois compromete a integridade funcional do juiz. De fato, trata-se da prática de oferecer dinheiro ou vantagens para obter favores indevidos, caracterizando corrupção. Quando um magistrado é subornado, isso é considerado motivo de suspeição, e qualquer ato praticado por ele pode ser anulado se o suborno for comprovado. No entanto, se o réu foi absolvido e a sentença transitou em julgado, o processo não pode ser reaberto, pois não há revisão favorável à sociedade. Nesses casos, o juiz responderá apenas na esfera criminal e administrativa.[846]

II) por ilegitimidade de parte: a ilegitimidade pode ser *ad causam* e *ad processum*, conforme já explicado, se referem a diferentes situações de nulidade processual. A ilegitimidade *ad causam* ocorre quando uma pessoa não tem legitimidade para figurar como parte no processo penal, o que gera nulidade absoluta, não sanável, exemplificado, é o caso de oferecimento de denúncia por parte errada, MP em ação penal privada. Já a ilegitimidade *ad processum* refere-se à incapacidade de agir em juízo, ou

seja, ausência de capacidade postulatória, como quando uma queixa-crime é proposta sem procuração adequada. A doutrina majoritária considera a ilegitimidade *ad processum* como uma nulidade relativa, passível de saneamento conforme o art. 568 do CPP, enquanto a ilegitimidade *ad causam*, por ser hipótese de nulidade absoluta, não pode ser sanada.

III) por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante: a ausência de denúncia ou queixa impede o início da ação penal, sendo que a inobservância de requisitos formais torna a peça nula (art. 41 do CPP).

A nulidade pode ser absoluta se prejudicar a direito à ampla defesa do réu, exigindo que o processo seja extinto, ou relativa se a peça permitir a defesa, sendo convalidada com ajustes. A falta de representação processual também pode gerar nulidade por ilegitimidade do órgão acusador – nos casos de ação penal pública condicionada –, mas pode ser corrigida dentro do prazo decadencial. Já as irregularidades em autos de flagrante não afetam a validade da ação penal, sendo o relaxamento da prisão a única consequência de falhas no flagrante, sem necessidade de correção das omissões.

No que tange às portarias não há mais interesse nelas, eis que eram utilizadas para iniciar a ação penal no caso de contravenções penais, sento a titularidade do MP, atualmente, o processo que julga as contravenções também se inicia com o oferecimento da denúncia.

A jurisprudência entende que a ausência de despacho do magistrado ao receber a denúncia ou queixa configura nulidade relativa. O STJ estabelece que essa nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade de manifestação do acusado nos autos,

conforme o HC 41.925/SP (2005). No entanto, a posição dominante considera o recebimento da denúncia como um ato jurisdicional relevante, que interrompe a prescrição e deve ser devidamente fundamentado. Embora seja tratado como nulidade relativa pelos tribunais superiores, o acusado pode levantar essa questão na resposta à acusação ou por meio de habeas corpus, com base na falta de fundamentação, conforme o art. 93, IX da Constituição.[847]

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167: a ausência do exame de corpo de delito em casos de crimes que deixam vestígios permanentes resulta em nulidade absoluta, já que é essencial para comprovar a materialidade do crime. No entanto, se a realização do exame for impossível devido ao desaparecimento dos vestígios, a prova testemunhal pode suprir sua ausência. Tanto o STJ quanto o STF reconhecem que, quando outras provas preenchem essa lacuna, a ação penal não será considerada nula (STF, 2ª T., HC 102.856/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 6.5.2014, DJe-096, 20.5.2014, DJ, 21.5.2014; STJ, 6ª T., RHC 24.487/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 25.8.2009, DJe, 28.9.2009). [848]

Por outro lado, a nulidade é relativa quando o exame de corpo de delito é realizado de forma incorreta, sem seguir as formalidades exigidas.[849]

O art. 159 do CPP define os requisitos para a validade do exame de corpo de delito, sendo obrigatória a presença de dois peritos não oficiais quando não há peritos oficiais disponíveis. A ausência de um segundo perito não oficial gera nulidade relativa, conforme entendimento do STJ. A falta de diploma de curso superior dos peritos é considerada uma infração que pode causar nulidade, conforme o Recurso Especial nº 1059171-RS (2009). No entanto, a

ausência do termo de compromisso é considerada mera irregularidade.[850]

Em relação à Lei 11.343/06, o STJ decidiu que o laudo de constatação provisório pode ser utilizado para a denúncia, mas o laudo definitivo é essencial para a condenação. Contudo, em casos excepcionais, como com a cocaína, o laudo de constatação preliminar pode ser aceito sem o laudo definitivo. [851]

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos: a CF assegura aos acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa, sendo a falta de defesa motivo de nulidade absoluta, conforme o art. 261 do CPP. Se o defensor não comparecer à audiência, o juiz deve nomear um defensor *ad hoc*, sob pena de nulidade absoluta. A ausência de defesa é distinta da deficiência de defesa: a primeira gera nulidade absoluta, enquanto a segunda depende da comprovação de prejuízo, conforme a Súmula 523 do STF. Outras causas de nulidade incluem a defesa patrocinada por falso advogado, defesas antagônicas por um único advogado.

No que diz respeito à ausência de curador para réu menor de 21 anos, Código Civil, Lei n. 10.406/2002, estabelece que a maioridade civil ocorre aos 18 anos, eliminando a necessidade de curador para réus nessa faixa etária em processos penais. Tal previsão legal se deu em razão de que, anteriormente ao atual CC, havia duas maioridades, a penal de 18 anos e a civil que era 21 anos, portanto, réus com menos de 21 anos teriam o amparo do curador. Com a equiparação das maioridades pelo CC, tal possibilidade é desnecessária. A antiga Súmula 352 do STF previa que a falta de nomeação de curador para réu menor de idade não gerava nulidade

do processo, desde que o réu tivesse a assistência de um defensor dativo.

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública: a inexistência de intervenção do MP em ações por ele propostas, ou naquelas subsidiárias da ação pública, é causa de nulidade. A nulidade é considerada absoluta quando o MP é o titular da ação penal, pois a pretensão punitiva é prerrogativa do Estado.

Entretanto, quando a ação é proposta pela vítima, a nulidade é relativa, necessitando prova de prejuízo. A jurisprudência do STJ afirma que a ausência de manifestação do MP deve ser alegada oportunamente, sob pena de preclusão, conforme o art. 564, III, d, e 572, I, do CPP.

> *[...] IV – Especificamente no que diz respeito às supostas eivas processuais decorrentes da inobservância das fórmulas legais atinentes à intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada, o Codex é literal em afirmar que deverão ser alegadas oportunamente, sob pena de se reputarem sanadas, ex vi dos arts. 564, inciso III, 'd', e 572, inciso I, ambos do CPP. V – Previamente intimado da inclusão do processo em pauta de julgamento; presente à sessão designada e feito uso da palavra, nada alegou a Defesa quanto à ausência de contrarrazões ministeriais ao apelo interposto em favor do acusado. Sendo assim, não há como se conhecer do suposto vício processual, ante à evidente preclusão" (AgRg no REsp 1.786.891/PR, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 15.09.2020, v.u.).*

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa: a citação é o ato processual que comunica ao acusado a existência de acusações contra ele, permitindo-lhe exercer seu direito de defesa. Trata-se de elemento primordial para formação da relação jurídica processual. A ausência de citação ou de formalidades necessárias para sua efetivação gera nulidade absoluta, mas o comparecimento

espontâneo do réu supre essa falha, conforme o art. 570 do CPP. O STJ validou a citação via WhatsApp, desde que autenticada, como visto no HC 641.877/DF.

De acordo com o entendimento esposado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a citação por edital só é admitida em casos excepcionais, quando não é possível a citação pessoal. Esgotadas as tentativas de encontrar o acusado, a citação por edital é medida legalmente prevista" (AgRg no HC n. 713.598/RS, relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 10/6/2022; AgRg no REsp 1829769 / MG, minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 04/10/2022).

A seguir, alguns casos práticos sobre o entendimento do STJ:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ERRO DE GRAFIA NA CITAÇÃO POR EDITAL. IDENTIFICAÇÃO DO RÉU POR OUTROS DADOS. FUGA DO DISTRITO DE CULPA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 182/STJ.

Tempestividade do Agravo Regimental - Agravo regimental interposto tempestivamente.

Erro de Grafia na Citação por Edital - Erro de grafia no nome do réu na citação por edital não configura nulidade processual, desde que outros elementos identificatórios, como prenomes, filiação, idade e local de residência, sejam suficientes para a correta identificação do réu.

Fuga do Distrito de Culpa - A fuga do réu do distrito de culpa, constatada por meio de informações de moradores e vizinhos, justifica a citação por edital e a decretação de revelia, com nomeação de defensor dativo.

Prisão Preventiva - Decretação da prisão preventiva e posterior captura do réu confirmam a fuga, não havendo flagrante ilegalidade ou constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Aplicação da Súmula n. 182/STJ - Não conhecimento do agravo regimental por ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, em conformidade com a Súmula n. 182 do STJ.

Decisão - Agravo regimental não conhecido.

(Precedentes: RHC n. 16.384/RJ, AgRg no REsp n. 1.988.117/AL)

(AgRg no HC n. 814.427/AL, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 7/10/2024, DJe de 15/10/2024.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E RECEPTAÇÃO. DECISÃO QUE RATIFICA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DO MÉRITO. NULIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não se tratando de hipótese de absolvição sumária, o enfrentamento das teses defensivas na resposta à acusação deve ser breve, a fim de que o julgador se abstenha de promover julgamento antecipado da causa.
2. Não há de se falar de nulidade por ausência de citação quando, após a prisão, houve comparecimento espontâneo da defesa técnica para apresentação de razões pertinentes.
3. Eventuais nulidades havidas em sede de inquérito não são capazes de se estender ao procedimento público criminal, ocasião em que o procedimento pode ser repetido em observância ao digesto processual ou, se o caso, a acusação pode lançar mão de outras provas.
*4. O entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça há muito se estabeleceu no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal..*
5. Agravo regimental não provido.
(AgRg no RHC n. 177.811/RJ, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 7/10/2024, DJe de 15/10/2024.)

Ademais, a realização de interrogatório é imprescindível para a autodefesa, e a ausência de possibilidade do interrogatório ser realizado é causa nulidade. Apesar do direito constitucional ao silêncio "deixar de designar data para a audiência onde o ato possa ser realizado provoca nulidade", causa de nulidade relativa.[852]

A tese n. 1114, firmada no julgamento pelo STJ do REsp 1933759/PR é a de que "o interrogatório do réu é o último ato da instrução criminal. A inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP tangencia somente à oitiva das testemunhas e não ao interrogatório". Destarte, "o eventual reconhecimento da nulidade se sujeita à preclusão, na forma do art. 571, I e II, do CPP, e à demonstração do prejuízo para o réu".

A falta de advertência ao acusado sobre o direito de permanecer calado gera nulidade relativa, nos termos do RHC 96.396/MG, sendo necessário demonstrar prejuízo para o réu.

Deixar de conceder prazos para que as partes se manifestem no curso do processo pode causar cerceamento de defesa ou da acusação, tem como efeito a nulidade relativa.

Em casos de renúncia do defensor do réu, ele deve ser intimado para constituir novo patrono nos autos, sob pena de ferir à ampla defesa e causar nulidade, inclusive de recurso já interposto, é o teor da Súmula 708 do STF: "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".

A inexistência de intimação do advogado ou defensor público da data de julgamento é causa de nulidade, "o que, porém, não ocorre se, devidamente intimada, o julgamento for adiado para a sessão subsequente" (STJ-AgRg no HC n. 433.942/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 4/10/2021.)

A ausência de resposta escrita é causa nulidade, assim como a falta de alegações finais da defesa, conforme a Súmula 523 do STF: "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu."

> *PROCESSUAL PENAL AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES FINAIS. NULIDADE.*
> *1. A falta de alegações finais, imediatamente anteriores ao julgamento do mérito da causa, consubstanciam-se em termo essencial do processo penal, razão pela qual a sua ausência implica em nulidade, por ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedentes.*
> *2. Recurso Ordinário provido. (STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 10.186 - RIO GRANDE DO SUL (2000/0059103-3) (DJU 30.03.2001, SEÇÃO 1, p. 310)*

No entanto, de acordo com entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, nos processos da competência do Júri Popular, a não apresentação de alegações finais na fase acusatória (*iudicium accusationis*) não é motivo de nulidade do processo, eis "o juízo de pronúncia é provisório, não havendo antecipação do mérito da ação penal, mas mero juízo de admissibilidade positivo ou negativo da acusação formulada, para que o Réu seja submetido, ou não, a julgamento perante o Tribunal do Júri, juízo natural da causa"

(RHC 103.562/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 23/11/2018.)

No caso de inexistência de alegações finais do Ministério Público, a nulidade é relativa.

Além disso, qualquer omissão quanto à cientificação da defesa ou acusação sobre novos elementos anexados aos autos pode gerar nulidade processual.

f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri: a inexistência da decisão de pronúncia, que é essencial para reconhecer admissibilidade da acusação e encaminhar o réu ao tribunal do Júri, assim como, para delimitar os limites da acusação em plenário, configura nulidade absoluta. O libelo, que anteriormente era uma exposição formal da acusação com base na decisão de pronúncia, foi extinto do sistema jurídico brasileiro com a reforma promovida pela Lei n. 11.689/2008, que alterou o rito do Júri.

O excesso de linguagem na decisão de pronúncia ocorre quando o juiz, em vez de limitar-se à admissibilidade da acusação, comenta sobre o mérito do caso, o que pode influenciar os jurados, comprometendo sua imparcialidade. Expressões como “não há dúvidas da autoria” violam a neutralidade da decisão. Esse excesso é considerado um vício grave, resultando em nulidade absoluta, conforme entendimento do STF no Recurso Ordinário em HC nº 127.522/BA.

O art. 478 do CPP proíbe que, durante os debates, as partes façam referências à decisão de pronúncia como argumento de autoridade. O STF, porém, permite a leitura da pronúncia em plenário, desde que não tenha o objetivo de influenciar o julgamento, conforme

decidido no Recurso Ordinário em HC nº 120.958/DF. Caso a decisão seja usada como argumento de autoridade, a nulidade pode ser decretada.

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia: o julgamento em plenário do Tribunal do Júri pode ocorrer mesmo com a ausência do réu (art. 457 do CPP). No entanto, é direito do acusado ser intimado da sessão, para que possa decidir sobre sua presença. A falta de intimação, portanto, gera nulidade relativa, pois, se o acusado comparecer mesmo sem intimação, a finalidade da norma é atendida, uma vez que ele teve a oportunidade de participar do julgamento.

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei: com a extinção do libelo e da contrariedade pela Lei 11.689/2008, hodiernamente, as partes podem arrolar testemunhas por simples petição (art. 422 do CPP). A falta de intimação dessas testemunhas prejudica o julgamento pelo júri, devendo-se marcar nova sessão se alguma testemunha não comparecer. Contudo, se todas comparecem mesmo sem intimação, o julgamento pode ocorrer, eis que ausente prejuízo. Se a sessão for realizada sem a presença das testemunhas não intimadas e sem justificativa, configura-se nulidade relativa, que só será reconhecida se as partes oporem a nulidade na primeira oportunidade e demonstrarem prejuízo, argumentando a importância da testemunha para o julgamento.

i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri: para instalar a sessão de julgamento no Tribunal do

Júri, é necessário o quórum mínimo de 15 jurados, incluindo aqueles excluídos por impedimento ou suspeição (art. 463 e art. 463, § 2º, do CPP). A não observância desse quórum impede a instalação da sessão, configurando nulidade (art. 564, III, i, do CPP). Nesses casos, o juiz deve realizar um sorteio de suplentes e remarcar o julgamento.

No STJ, a complementação do quórum com jurados de outro plenário do mesmo Tribunal do Júri é aceita, não gerando nulidade, conforme decidido em HC 168.263/SP e outros precedentes. Em contraste, o STF sustenta a necessidade de nova convocação caso o quórum inicial não seja alcançado, rejeitando o uso de jurados de outro plenário (STF, HC 88.801/SP).

A corrente majoritária entende que essa complementação não prejudica a defesa, pois a lista de convocados é previamente publicada, permitindo o conhecimento e a eventual recusa dos jurados.

j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade: dos 25 jurados que compõem o Tribunal do Júri, 7 são sorteados para formar o Conselho de Sentença. A falta de sorteio ou um conselho com menos de 7 jurados causa nulidade absoluta do julgamento. A incomunicabilidade dos jurados é obrigatória; eles não podem discutir o caso entre si ou com pessoas externas, embora possam conversar sobre outros assuntos durante intervalos. Se houver quebra dessa incomunicabilidade, o jurado é excluído, e o conselho dissolvido. Não é necessária a formalização de um termo específico de incomunicabilidade na ata (STJ, 6ª T., REsp 243.137/PI, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 1º.10.2002, DJ, 21.10.2002).

k) os quesitos e as respectivas respostas: a ausência de quesitos obrigatórios formulados pelo juiz-presidente, necessários para orientar o julgamento pelos jurados na sala secreta, configura nulidade absoluta, conforme a Súmula 156 do STF: "é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, por falta de quesito obrigatório".

A fiel observância dos quesitos assegura o funcionamento correto do Tribunal do Júri. No entanto, a falta de juntada do questionário e das respostas ao processo é causa de nulidade relativa, sendo anulável apenas se demonstrado prejuízo para alguma das partes. Se não houver contestação ao veredicto, a ausência do termo de votação é superável.[853]

l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento: a presença da acusação e da defesa na sessão de julgamento do júri é obrigatória para garantir o contraditório e fornecer aos jurados as informações necessárias para seu convencimento, frisa-se que a presença de ambas partes processuais é elemento do sistema acusatório. A falta de qualquer uma das partes causa nulidade absoluta do julgamento. É essencial que ambas se manifestem: o Ministério Público pode até pedir a absolvição, enquanto a defesa, em cumprimento ao princípio da ampla defesa, deve buscar o melhor resultado possível para o acusado.

É cediço que a defesa não pode pedir a condenação do réu, o art. 497, V, do CPP determina que o juiz presidente do Tribunal do Júri nomeie defensor ao réu, quando o classificar indefeso, tendo a faculdade, nesta hipótese, dissolver o Conselho de Sentença.

m) a sentença: o desígnio de qualquer processo judicial é o provimento jurisdicional, ou seja, o Estado aplicando o direito no caso concreto, assim, um processo sem sentença

ou uma sentença sem os elementos legais – relatório, fundamentação e dispositivo – é considerado nulo, caracterizando nulidade absoluta (arts. 381 e 387 do CPP).

A sentença condenatória deve ser suficientemente fundamentada (art. 93, IX, CF) e a pena corretamente individualizada, sem termos vagos e com base nos elementos do art. 68 do Código Penal. Além disso, é nula por prejuízo presumido se o juiz deixa de considerar todas as teses da defesa nas alegações finais, pois a motivação judicial e a análise das teses defensivas são exigências constitucionais e corolários da ampla defesa.[854]

n) o recurso de oficio, nos casos em que a lei o tenha estabelecido: há certos casos que a lei exige que uma decisão de primeira instância seja submetida à revisão obrigatória por um tribunal superior para que possa transitar em julgado, conhecido como "recurso de ofício" ou "necessário". Trata-se de uma condição para a eficácia jurídica da sentença, ou seja, para sua validade, e sua ausência impede o trânsito em julgado, mas não anula a decisão de primeira instância. Conforme a Súmula 423 do STF: "não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*". Atos realizados após a sentença, sem o recurso de ofício, são inválidos. Parte da doutrina entende que um recurso voluntário da parte pode suprir essa ausência.[855]

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso: a falta de intimação das sentenças e decisões, conforme exigido por lei, priva as partes do direito de recorrer, gerando prejuízo evidente. Nessa situação, não há nulidade da sentença ou decisão em si, mas dos atos subsequentes a

> ela, constituindo nulidade absoluta. A Lei 11.419/2006 permite a intimação de defensores constituídos por meio eletrônico. No entanto, a intimação pessoal ainda é obrigatória para o representante do Ministério Público e para defensores dativos ou públicos.

Em caso de réu solto, condenado, com defensor constituído nos autos, o STF entende que, "a teor do art. 392, II, do CPP, a intimação de sentença condenatória por meio de advogado constituído dispensa a intimação pessoal de réu solto" (STF AG.REG. HC 217.786).

O STJ reconheceu a nulidade da intimação por edital da sentença condenatória, pois o réu, que estava preso durante o prazo de intimação, deveria ter sido intimado pessoalmente. Segundo o art. 5º, LV, da Constituição e o art. 392, I, do CPP, a intimação pessoal é exigida quando o réu está sob custódia, tornando inválida a intimação por edital. O recurso foi provido, e a ação penal foi declarada nula desde a intimação da sentença condenatória.

> *PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. SENTENÇA. INTIMAÇÃO PELA VIA EDITALÍCIA. NULIDADE. DILIGÊNCIAS NÃO REALIZADAS. RÉU PRESO DURANTE O PRAZO DE INTIMAÇÃO DO EDITAL. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1 - Imperioso o reconhecimento da nulidade da intimação do acusado acerca da sentença condenatória, porquanto não realizadas diligências para sua localização, além de que, restando posteriormente custodiado, necessária seria a sua intimação pessoal acerca do resultado da ação penal em andamento, em observância ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. 2 - A doutrina se orienta no entendimento de que, preso o réu durante o prazo do edital, deverá ser intimado pessoalmente do r. decreto condenatório, na forma do art. 392, inciso I, CPP, restando prejudicada a intimação editalícia, conforme leciona JÚLIO FABBRINI MIRABETE (in "Processo Penal, 10ª ed., Atlas, fls. 470) (HC 15.481/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 10/09/2001). 3 - Recurso ordinário provido, para declarar a nulidade da ação penal, desde a intimação do acusado da sentença condenatória. (RHC 45.584/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016)*

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o "falecimento do único advogado, ainda que não comunicado o fato

ao tribunal, poderá dar ensejo à nulidade das intimações realizadas em seu nome" (HC 360720/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016; HC 332960/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016).

p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o *quorum* legal para o julgamento: a alínea em questão aplica-se a todos os tribunais. Os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais substituíram a denominação "Tribunal de Apelação" prevista nesta alínea. Além disso, conforme o regimento interno de cada tribunal, há um número mínimo obrigatório de juízes ou desembargadores para a validação de uma sessão de julgamento. A violação desse *quórum*, em desobediências às normas regimentais, constitui causa de nulidade absoluta, disposição normativa similar ao requisito de 15 jurados para iniciar uma sessão do Tribunal do Júri e 7 para formar o Conselho de Sentença.[856]

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato: o sistema de nulidades no Brasil é caracterizado por uma "taxatividade temperada", ou seja, embora o CPP forneça uma lista de nulidades, esta não é considerada taxativa. A alínea referida permite que outros atos processuais, previstos no CPP, em legislações especiais ou derivados das garantias constitucionais, possam ser incluídos como causas de nulidade, se não respeitarem as formalidades legais. Assim, o sistema admite a possibilidade de nulidades além daquelas explicitamente listadas no CPP, abrangendo também situações decorrentes

das garantias estabelecidas pela Constituição, razão pela qual há a presente cláusula aberta.[857]

Sobre o tema, relevante debater controvérsia em torno do art. 572 do CPP, a qual gira em torno da interpretação de que a omissão de uma formalidade essencial é causa de nulidade relativa, conforme a norma. No entanto, os tribunais, em certos casos, têm tratado essas omissões como nulidades absolutas ou até como inexistência do ato, quando a formalidade violada é considerada indispensável. [858]

A dificuldade surge porque o art. 572 foi criado sob a Constituição de 1937, que tinha características ditatorial, e hoje, esse artigo precisa ser interpretado à luz das garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, presentes na Constituição de 1988. Assim, a inobservância de formalidades essenciais pode resultar em nulidade absoluta, relativa ou até em inexistência do ato, dependendo do caso concreto e do interesse público envolvido na norma processual violada.[859]

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação: a fundamentação das decisões judiciais é um requisito essencial para garantir a transparência e a legitimidade do processo judicial, como previsto no art. 93, IX, da CF, que impõe a necessidade de fundamentar todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade absoluta. Esse dispositivo visa assegurar que as partes envolvidas compreendam os motivos que levaram o magistrado a tomar determinada decisão, possibilitando o exercício adequado do contraditório e da ampla defesa, além de garantir o controle e a fiscalização dessas decisões por instâncias superiores.

A Lei n. 13.964/2019 alterou o art. 315, § 2º, do CPP, reforçando a importância dessa fundamentação, estabelecendo critérios objetivos

que definem o que não pode ser considerado como uma decisão devidamente fundamentada. Entre os requisitos, destaca-se a vedação de decisões que se limitem a reproduzir normas legais ou conceitos genéricos sem explicar a relação com o caso concreto, bem como aquelas que deixam de analisar todos os argumentos relevantes apresentados pelas partes.

Esses requisitos, muito semelhantes aos previstos no art. 489, § 1º, do CPC, estabelecem um padrão mínimo de clareza e coerência nas decisões, visando evitar arbitrariedades. Por exemplo, decisões que apenas mencionam precedentes ou súmulas sem demonstrar como se aplicam ao caso concreto, ou que desconsideram os argumentos apresentados pela defesa, sem justificativa, são consideradas nulas, pois violam o dever de motivação do magistrado e demonstram descaso à ampla defesa.

A falta de fundamentação, portanto, é um vício de nulidade absoluta, o que significa que essa irregularidade pode ser arguida a qualquer tempo, independentemente de eventuais prejuízos sofridos pelas partes. Tal rigor se justifica pela necessidade de se preservar a legalidade, por conseguinte, o devido processo legal no âmbito processo penal, garantindo que as decisões sejam fruto de uma análise criteriosa e transparente dos fatos e das leis aplicáveis ao caso.

Relevante mencionar o entendimento do STJ acerca da "utilização da técnica de motivação per *relationem* não enseja a nulidade do ato decisório, desde que o julgador se reporte a outra decisão ou manifestação dos autos e as adote como razão de decidir" (HC 216659/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 01/07/2016; HC 341726/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 23/06/2016).

17.3 Preclusão e Convalidação

A legislação prevê hipóteses de sanatórios para validar/convalidar atos processuais inicialmente passíveis de nulidade, evitando retrabalho em etapas processuais completadas sem prejuízo às partes, conforme estipulado pelos artigos 572, III, 568, 569 e 570 do Código de Processo Penal (CPP).

Ou seja, a convalidação é um ato ou efeito de convalidar, de tornar válido – algo que não detinha validade. Ocorre, portanto, a correção do ato a fim de que se torne válido, fundando-o nas exigências legais, sendo seus efeitos retroativos, *ex tunc*.

> *Art. 568. A nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais.*
> *Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.*
> *Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.*
> *Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, Ill, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:*
> *I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;*
> *II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;*
> *III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.*

Tais medidas incluem a preclusão temporal e lógica, que permitem a convalidação de atos viciados pela não contestação no prazo legal ou por atos incompatíveis com a intenção de invalidá-los. A ratificação de atos, mesmo em casos de incompetência absoluta do juízo, é aceita pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para atos instrutórios e decisórios, conforme demonstrado no HC 123.465/AM:

> *Conforme posicionamento hodierno sobre a matéria, este Supremo Tribunal Federal, nos casos de incompetência absoluta do juízo, admite a ratificação de atos decisórios pelo juízo competente" (STF — HC 123.465/AM — 1ª Turma — Rel. Min. Rosa Weber — j. 25.11.2014 — DJe-032 19.02.2015)*

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DESVIO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CONVALIDAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS POR JUÍZO INCOMPETENTE. POSSIBILIDADE. TEORIA DA APARÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O entendimento desta SUPREMA CORTE é no sentido de que "a Justiça Federal é competente para processar e julgar ações penais relativas a desvio de verbas do Sistema Único de Saúde" (ARE 999.247, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 7/8/2017). 2. Quanto à alegada nulidade da decisão de recebimento da denúncia, esta CORTE entende que, em razão da teoria do juízo aparente, podem ser considerados válidos os atos praticados por juízo incompetente. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ARE 1454250 ED-AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 25-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 11-04-2024 PUBLIC 12-04-2024)*

A correção de irregularidades formais na denúncia pode ser realizada a qualquer momento antes da sentença final por meio de aditamento, completando o ato para ajustamento à lei. Ademais, a falta ou nulidade de citações ou intimações pode ser sanada pelo comparecimento do réu/interessado, mesmo que para contestar a irregularidade, poupando a necessidade de refazer o ato processual.

Neste sentido, o STF:

> *DENÚNCIA - IMPUGNAÇÃO - OPORTUNIDADE. A nulidade da denúncia há de ser veiculada antes da prolação da sentença, considerada esta no sentido amplo, a envolver a pronúncia. DENÚNCIA - PARÂMETROS. Descabe falar em vício da denúncia quando esta descreve o fato criminoso, analisando as circunstâncias em que ocorrido o delito, e indica a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas. (HC 83490, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25-11-2003, DJ 12-03-2004 PP-00042 EMENT VOL-02143-04 PP-00700)*

Uma parte da doutrina defende que o trânsito em julgado da sentença convalida nulidades, inclusive absolutas, exceto aquelas prejudiciais à defesa, que podem ser contestadas por meio da revisão criminal.

No entanto, em decisão recente o STJ decidiu que a nulidade absoluta pode ser arguida mesmo após o trânsito em julgado de uma decisão condenatória, pois é considerada um vício insanável. No Recurso Especial nº 486.050/SP, o STJ cassou uma decisão que havia

reconhecido a nulidade de um processo penal, alegando ausência de demonstração de prejuízo, embora a revisão criminal tenha sido aceita devido à ausência do acusado na oitiva de testemunhas. Além disso, em outro caso (Embargos de Divergência no REsp 667.002), o STJ reconheceu que a nulidade absoluta pode ser atacada mesmo após o trânsito em julgado, através de simples petição nos autos, demonstrando que esse tipo de nulidade pode ser revisado a qualquer tempo.[860]

17.4 Procedimentos para Arguição de Nulidade

A jurisprudência e a doutrina são unanimes no sentido de afirmar que as nulidades nascidas no curso da investigação preliminar não atingem a ação penal dela decorrente. Veja os julgados do STJ: RHC 71442/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016; HC 353232/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016.

O momento de arguição das nulidades no processo penal brasileiro é irrelevante para as nulidades absolutas, já que estas podem ser arguidas a qualquer tempo, mas é crucial para as nulidades relativas, que estão sujeitas à preclusão. Embora, o STJ tenha rechaçado as denominas nulidades de algibeira, razão pela qual, a prudência impõe que a nulidade seja levantada tão logo se tenha conhecimento dela, pela parte que se veja prejudicada.

O art. 571 do CPP enumera os momentos específicos para a alegação de nulidades relativas, mas, devido às reformas trazidas pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, muitos de seus dispositivos estão desatualizados. Hoje, as nulidades relativas devem ser alegadas na primeira oportunidade em que a parte se manifestar nos autos, sob pena de convalidação.

Um exemplo, é o art. 406 do CPP, mencionado no art. 571, I, referia-se às alegações escritas no procedimento do júri, que agora foram substituídas por alegações orais conforme a redação atual do art. 411. De forma semelhante, o art. 500 do CPP, mencionado no art. 571, II, tratava das alegações finais no procedimento ordinário, que também foram transformadas em alegações orais, conforme a redação atual do art. 403. Essas alterações refletem mudanças no rito processual penal após as reformas legislativas.[861]

A jurisprudência e doutrina afirmam que a análise da nulidade deve sempre levar em conta o caso concreto, sendo necessário verificar se houve prejuízo efetivo ou se o ato, mesmo com falhas, atingiu seu objetivo.

A Súmula 160 do STF estabelece que é nula a decisão do tribunal que acolhe nulidade contra o réu não arguida pela acusação, exceto nos casos de recurso de ofício, protegendo o réu de decisões desfavoráveis não recorridas pela acusação.

O momento para a arguição das nulidades relativas no procedimento do júri foi impactado pela Lei 11.689/2008, que reformou o CPP. A nulidade deve ser alegada no primeiro momento em que a parte tem a oportunidade de falar nos autos, conforme determina o art. 571 do CPP. Antes, as alegações eram escritas, mas com a reforma, foram substituídas por alegações orais (art. 411 do CPP).

As nulidades relativas que ocorrem até o encerramento da instrução da primeira fase devem ser suscitadas nas alegações orais. Para nulidades após a pronúncia e antes do julgamento pelo júri, devem ser alegadas logo após o anúncio do julgamento e apregoamento das partes. Caso o vício ocorra durante a sessão de julgamento, deve ser arguido imediatamente após sua ocorrência (art. 571, VIII, do CPP).

A reforma também afeta outros procedimentos, como o rito comum ordinário e sumário, nos quais as nulidades relativas seguem as mesmas lógicas de arguição. Nos procedimentos especiais que adotam as normas do rito ordinário, o momento de arguição permanece o mesmo.

É de se mencionar que o procedimento de aplicação de medida de segurança por fato não criminoso, mencionado no art. 571, IV, do CPP, fazia parte do Capítulo VII do Título II do Livro II do Código de Processo Penal. No entanto, esse procedimento foi extinto e não tem mais correspondência no sistema processual penal atual. Assim, a previsão de nulidades relativas a esse procedimento deve ser desconsiderada.

Assim, o primeiro momento em que parte se manifestar nos autos, após a ocorrência do ato nulo é o oportuno para argui-la, por exemplo, na resposta à acusação, se a nulidade ocorrer na denúncia, em alegações finais orais, se o ato defeituoso se der em audiência de instrução ou em memoriais. Também é o caso de requerer em preliminar de apelação, RESE.

Ademais, o habeas corpus é utilizado para corrigir nulidades que causam prejuízo imediato à parte, como a recusa de um meio de prova relevante, quando não é possível aguardar o final do julgamento ou da instrução processual. Nesse caso, a parte deve demonstrar o vício com provas pré-constituídas, eis a impossibilidade de dilação probatória em HC.

A revisão criminal, por sua vez, é acionada apenas após o trânsito em julgado e visa anular decisões baseadas em nulidades absolutas. O mandado de segurança é utilizado contra atos judiciais que representem nulidade no processo, mas somente quando o habeas corpus não for aplicável, ou seja, quando não existir risco ao direito de locomoção, como o caso de um crime apenado apenas com multa

825 ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença** [livro eletrônico]. 4. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-2.1.

826 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

827 PENTEADO, Jaques de Camargo. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, n.p.

828 OTTORINO, Vannini. Nullità degli atti di procedura – dirito processuale penale, n.1. – in **Nuovo Digesto italiano**, vol. 8º, 1939

829 ESPINOLA FILHO, Eduardo [Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti]. **Código de processo penal anotado** v.5. Campinas: Bookseler, 2000.

830 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

831 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

832 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

833 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

834 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

835 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

836 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

837 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

838 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

839 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

840 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

841 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

842 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. rev. amp., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1994.

843 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

844 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

845 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012

846 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

847 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

848 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

849 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

850 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

851 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

852 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 1121.

853 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024

854 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024

855 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

856 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024

857 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

858 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

859 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

860 GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

861 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

18 DOS PRAZOS PROCESSUAIS

O conceito de tempo é intrinsecamente complexo e multifacetado, influenciando diversos campos do conhecimento, inclusive o jurídico. Juridicamente, a noção de tempo é crucial, pois ele governa a aplicabilidade das leis, o desencadeamento de direitos e deveres, bem como a prescrição e decadência de ações, além do encadeamento dos atos processuais. Assim, a temporalidade molda o ritmo dos processos e a efetividade das sanções e medidas judiciais.

Nas disciplinas do Direito, a temporalidade é observada não só em sua dimensão cronológica, mas também na captura de momentos oportunos para a aplicação da lei. Esta dimensão é inspirada no conceito mitológico de *Kairós*, que ressalta a importância do *timing* apropriado, enfatizando que o sucesso muitas vezes depende não apenas do cumprimento de prazos, mas da realização de ações no momento mais propício. A aplicação desse entendimento no Direito pode ser vista na estratégia processual, na qual a escolha do momento certo para ajuizar uma ação ou realizar uma defesa pode determinar o sucesso ou o fracasso do empreendimento jurídico.

Por outro lado, *Cronos*, representando o tempo linear e quantitativo, é refletido na jurisprudência por meio de prazos processuais, limites de tempo para a guarda de direitos e o cômputo de períodos prescricionais. A rigidez de *Cronos* no campo jurídico assegura que haja ordem nos procedimentos e previsibilidade nos resultados, elementos essenciais para a manutenção da justiça e da equidade.

O tratamento jurídico do tempo evidencia que a justiça, embora imparcial, não é imune às consequências do tempo. Decisões tardias podem resultar em injustiças tão severas quanto decisões erradas. Daí a importância de se considerar tanto o aspecto qualitativo quanto o quantitativo do tempo nos litígios jurídicos. Assim, compreender e aplicar corretamente as dimensões de *Kairós* e *Cronos* pode ser a chave para a realização efetiva da justiça.

O capítulo que se inicia, trará enforque no tempo cronológico, não deve se esquecer, contudo, o aluno de direito, sobre todas as dimensões do tempo.

18.1 Natureza, características e duração dos prazos

Prazo é o limite de tempo concedido a um sujeito processual para o cumprimento de um ato processual. Assim, prazo é o lapso de tempo em que o ato processual pode ser validamente praticado. É delimitado por dois termos: termo inicial (*dies a quo*) e termo final (*dies ad quem*).

Normalmente, as partes processuais estão adstritas a prazos próprios, os demais sujeitos processuais, prazos impróprios, conforme se verá a seguir.

Dispõe o CPP:

> *Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.*
> *§ 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.*
> *§ 2º A terminação dos prazos será certificada nos autos pelo escrivão; será, porém, considerado findo o prazo, ainda que omitida aquela formalidade, se feita a prova do dia em que começou a correr.*
> *§ 3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.*
> *§ 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária.*
> *§ 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão:*
> *a) da intimação;*

b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;
c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho.

Os prazos processuais penais são regidos por dois princípios importantíssimos, o da igualdade de tratamento e o da brevidade.:

a) Princípio da igualdade de tratamento – as partes não podem ser tratadas desigualmente. Para atos idênticos, os prazos não podem ser diferentes. Nesse sentido, A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), seguindo o voto do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decidiu que, mesmo quando o Ministério Público atua simultaneamente como fiscal da lei e titular da ação penal, o prazo para interpor recursos é único. Consequentemente, considerou intempestivo um recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) que não respeitou o prazo de 15 dias estabelecido pelo Código de Processo Penal (CPP), veja a ementa que evidencia o princípio da igualdade de tratamento:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. RECURSO ESPECIAL DO MPDFT PROVIDO. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. VISTA DOS AUTOS EM 9/7/2018. MANIFESTAÇÃO SOBRE CAUTELARES. ACÓRDÃO RECORRIDO JÁ DISPONIBILIZADO NOS AUTOS. ART. 272, § 6º, DO CPP. 2. NOVA VISTA PESSOAL PARA CIÊNCIA DO ACÓRDÃO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL EM 22/8/2018. MANIFESTA INTEMPESTIVIDADE. PRERROGATIVAS DO MP QUE NÃO PODEM DESEQUILIBRAR A PARIDADE DE ARMAS. 3. MP COMO PARTE E FISCAL DA LEI. NÃO ATUAÇÃO DE DOIS ÓRGÃOS MINISTERIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DUAS INTIMAÇÕES. INTIMAÇÃO ÚNICA. PRECEDENTES DESTA CORTE. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA RECONHECER A INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 1. O MPDFT obteve vista dos autos em 9/7/2018, por 15 dias, para se manifestar sobre as medidas cautelares, ocasião em que já se encontrava disponibilizado o acórdão que deu provimento ao recurso em sentido estrito da defesa. Assim, no termos do art. 272, § 6º, do CPP, tem-se que "a retirada dos autos do cartório ou da secretaria em carga pelo advogado, por pessoa credenciada a pedido do advogado ou da sociedade de advogados, pela Advocacia Pública, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público implicará intimação de qualquer decisão contida no processo retirado, ainda que pendente de publicação". 2. "No processo penal, o Ministério Público é parte, portanto,

convive na mesma dimensão da defesa. Isto significa dizer, que suas prerrogativas não podem viciar o equilíbrio existente entre a acusação e a defesa no desenvolvimento do contraditório, porquanto a exigida paridade de armas é ao mesmo tempo princípio e função do processo penal, este alicerçado no ideal de justiça. Um processo que pendesse para um lado causaria justiça tendenciosa e isso é impensável quando se está em jogo a liberdade do ser humano" (AgRg no REsp 1347303/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 28/03/2014). 3. Não se está diante da atuação concomitante de dois órgãos ministeriais, como pode acontecer no STJ (tribunal nacional), com o MPF e o MPDFT, que, em tal hipótese, provocam duas vistas pessoais. Na verdade, a hipótese é de intimação pessoal de um órgão ministerial único (MPDFT) sobre acórdão lavrado e publicado, bem como sobre despacho referente a outras cautelares em curso (CPP, art. 319). No âmbito do STJ, quando o MPF atua como parte e como fiscal da Lei, a remessa dos autos é única e sua entrada no protocolo do Parquet define o início da contagem de prazos, tanto para custos legis quanto para o titular da ação penal. 4. Agravo regimental a que se dá provimento para não conhecer do recurso especial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios por intempestividade (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.786.450 - DF (2018/0331742-1) RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK)

b) Princípio da brevidade – os prazos processuais não podem ser muito dilatados, pois as demandas não podem eternizar-se.

Por tal razão, os prazos processuais penais têm como características serem contínuos e peremptórios. Contínuos, pois não serão interrompidos na sua duração. A exceção está prevista no art. 798, § 4º, CPP. Os prazos serão peremptórios, ou seja, são improrrogáveis, exceções - art. 798, § 3º, CPP e a Súmula 310 STF.

Súmula 310: Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir.

Os prazos ainda podem ser classificados em:

a) comuns: são aqueles que correm para ambas as partes, começam e terminam ao mesmo tempo para todas as partes processuais;

b) particulares: correm apenas para uma das partes. (por ex. CPP, art. 46 – Prazo para oferecimento da denúncia).

c) próprios – São aqueles prazos dentro dos quais a parte deve realizar o ato processual e, se não observados, haverá consequência de natureza processual (por ex. art. 396-A e 406, § 2º, CPP, no que se refere ao arrolamento de testemunhas), como o não conhecimento de recurso de apelação por interposição intempestiva.

d) impróprios: São os impostos aos juízes e seus auxiliares e que, descumpridos, trarão consequências disciplinares, e não processuais (veja: art. 799, 800, § 2º e 801, CPP).

e) legais: é o prazo estabelecido em lei e;

f) judiciais: prazo fixado pelo juiz, quando a lei é silente sobre.

18.1.1 Prazo processual penal e prazo penal

O prazo penal está normatizado no art. 10 do Código Penal: "O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum".

O jurista penal lida com dois tipos de prazos fundamentais: penais e processuais penais. A distinção é crucial, pois a confusão entre eles pode causar prejuízos irreparáveis, especialmente no Direito Criminal, onde está em discussão a liberdade individual.

Neste sentido, prazos penais são usados para calcular a prescrição, decadência, perempção e prazos para oferecimento da representação criminal ou queixa-crime. Eles começam a contar a partir do dia do evento, como estabelece o art. 10 do Código Penal.

Por exemplo, para um crime de injúria ocorrido em 15.03.2015, se a vítima descobrir o autor em 18.03.2015, ela tem seis meses a partir desta data para oferecer queixa-crime, conforme o art. 38 do Código de Processo Penal, iniciando a contagem no dia 18, independente de ser dia não útil.

Já os prazos processuais penais, conforme visto, delimitam o tempo para realizar atos dentro do processo, assegurando que o processo não se prolongue indefinidamente. Diferentemente dos prazos civis, os prazos processuais penais começam a correr no primeiro dia útil após a intimação, conforme o art. 798 do CPP, que também estipula que os prazos são contínuos e peremptórios, não interrompidos por feriados ou fins de semana.

A já citada Súmula 310 do STF clarifica que, se a intimação ocorre numa sexta-feira, o prazo começa na segunda-feira seguinte, a menos que haja feriado, adiando o início do prazo para o próximo dia útil. Se o prazo termina em um dia não útil, estende-se até o próximo dia útil. Por exemplo, se um prazo inicia numa quarta-feira e dura cinco dias, terminando originalmente na segunda-feira, pode-se cumprir o ato na terça-feira seguinte, se a segunda-feira fosse feriado.

No que diz respeito a um prazo de natureza mista, processual e penal, atentar-se-á ao que for mais vantajoso ao réu no caso concreto, normalmente aplicando-se a contagem do prazo na forma do art. 10 do CP.

18.2 Início e forma de contagem

Dispõe o art. 798, § 5º, do CPP:

> *Salvo os casos expressos, os prazos correrão:*
> *a) da intimação;*
> *b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;*
> *c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho.*

O termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o Ministério Público, a data da entrega dos autos na repartição administrativa do órgão, sendo irrelevante que a

intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado. A tese vale também para a Defensoria.

No caso de processo eletrônico deve se observar a regra prevista no artigo 5º, §1º e §3º, da Lei nº 11.419/2006, segundo a qual a intimação eletrônica é consumada na data em que o intimado efetivar a consulta eletrônica do teor da intimação, que pode ser realizada em até 10 (dez) dias, contados da data do envio, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

Para o STJ, a intimação eletrônica do Ministério Público ocorre com a efetiva consulta ou pelo decurso do prazo de 10 dias (Recurso Especial nº 1.806.073 – MS).

Sobre o assunto, importante a Súmula n. 710 do STF: "No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem".

Ainda, os prazos processuais penais são contínuos, contando inclusive dias não uteis, não aplicando a regra de contagem do CPC, nesse sentido:

> *DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTEMPESTIVIDADE. PRAZO. CONTAGEM. DIAS CORRIDOS. ART. 798, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1.O recorrente foi intimado do acórdão preferido pelo Tribunal estadual em 30.04.2021 e a petição do recurso extraordinário foi protocolada no Tribunal de origem somente em 20.05.2021, ou seja, após o término do prazo recursal de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 994, VII, c/c os arts. 1.003, § 5º, e 1.029 do Código de Processo Civil, bem como do art. 798 do Código de Processo Penal. 2.O Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendimento no sentido de que "a tempestividade do recurso em virtude de feriado local ou de suspensão dos prazos processuais pelo Tribunal a quo que não sejam de conhecimento obrigatório da instância ad quem deve ser comprovada no momento de sua interposição" (AI 681.384-ED, Relª. Minª. Ellen Gracie). 3.O STF entende ser inaplicável em matéria processual penal a disposição do art. 219 (dias úteis para contagem do prazo) do novo Código de Processo Civil. A aplicação do novo CPC a instituto de direito processual penal deve ser autorizada apenas em situações excepcionalíssimas, notadamente na existência de lacuna normativa. De modo que o princípio da especialidade e a existência de regras e princípios próprios ao processo penal não parecem autorizar a aplicação automática,*

ou mecânica, das inovações conferidas ao processo civil. 4.A razão da inaplicabilidade do art. 219 do CPC/2015 é que, tratando-se de prazo processual penal, o modo de sua contagem é disciplinado pelo art. 798 do Código de Processo Penal. Precedentes. 5.Agravo a que se nega provimento. (STF; Ag-RE-AgR 1.384.674; MG; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; DJE 29/08/2022; Pág. 46)

18.3 Decurso e vencimento dos prazos

Com o decurso do prazo, ocorre a preclusão do ato, se não houve sua realização no prazo previsto. Nesse sentido, ocorre a perda, extinção ou consumação de uma faculdade. Trata-se de fato processual impeditivo, que se verifica quando a parte perde determinada faculdade, podendo a preclusão ser: a) temporal; b) Lógica e; c) consumativa

a) preclusão temporal: a faculdade se perde pelo seu não exercício no prazo legal ou determinado pelo juiz.
b) preclusão lógica: em determinados casos a preclusão ocorre por ter sido cumprida uma faculdade incompatível com o exercício de outra. Ex: argui-se a exceção de litispendência e depois a de suspeição.
c) preclusão consumativa: a decisão irrecorrível transforma-se em fato impeditivo, gerando uma preclusão denominada consumativa, que não permite que a questão que foi objeto da sentença seja renovada em uma nova ação.

Após o término de um prazo processual, a Secretaria Judiciária responsável pela ação emite uma certidão de decurso de prazo. Este documento notifica as partes e seus advogados que o prazo para a realização de um ato processual específico expirou e é oficialmente anexado ao processo.

18.3.1 Dos prazos dos juízes

Dispõe o CPP:

Art. 800. Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

I - de dez dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;
II - de cinco dias, se for interlocutória simples;
III - de um dia, se se tratar de despacho de expediente.
§ 1º Os prazos para o juiz contar-se-ão do termo de conclusão.
§ 2º Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição do recurso (art. 798, § 5o).
§ 3º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código.
§ 4º O escrivão que não enviar os autos ao juiz ou ao órgão do Ministério Público no dia em que assinar termo de conclusão ou de vista estará sujeito à sanção estabelecida no art. 799.
Art. 801. Findos os respectivos prazos, os juízes e os órgãos do Ministério Público, responsáveis pelo retardamento, perderão tantos dias de vencimentos quantos forem os excedidos. Na contagem do tempo de serviço, para o efeito de promoção e aposentadoria, a perda será do dobro dos dias excedidos.

O artigo 800 trata de prazos impróprios, nenhuma consequência processual é imposta ao juiz que o descumpre.

Questão que se coloca é acerca das sanções previstas nos arts. 800 e 801, obviamente que as disposições sancionadoras de tais artigos não foram recepcionadas pela CF/88, especialmente diante da irredutibilidade de vencimentos dos juízes e promotores.

Em casos tais que os processos se prolonguem no tempo por inação de juízes e promotores, a corregedoria, assim como a procuradoria, serão os responsáveis por averiguar, fundado nas respectivas leis orgânicos e por meio de processo administrativo disciplinar (PAD) se houve ou não culpa, diante da situação concreta e as sanções serão aquelas previstas em Lei Orgânica, garantindo o direito ao contraditório.

19 QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES

O Título VI do Livro I do Código de Processo Penal (CPP) aborda acerca das questões e dos processos incidentes. No CPP, as questões prejudiciais são tratadas nos artigos 92 a 94, são incidentes que podem surgir durante o curso de um processo e que podem ou não, interferir no mérito do processo.

De modo semelhante, as exceções (arts. 95 a 111), as incompatibilidades e impedimentos (art. 112) e o conflito de jurisdição (arts. 113 a 117) são considerados meros incidentes processuais. Inobstante sejam essenciais para a resolução de dúvidas processuais, não estabelecem novos processos independentes, mas integram a sequência processual do processo principal.

Por outro lado, a restituição de coisa apreendida (arts. 118 a 124), as medidas assecuratórias (arts. 125 a 144-A) e o incidente de insanidade mental (arts. 149 a 154) são classificados como "procedimentos incidentais". Esses procedimentos são caracterizados por possuírem autonomia estrutural em relação ao procedimento originário, enquanto mantêm uma vinculação funcional com o processo principal, pois só existem em razão de haver um processo penal em andamento ou de vir a existir no caso do arresto legal. Esse tipo de procedimento permite a realização de atos processuais específicos que, embora dependentes do procedimento principal, possuem uma certa independência para sua execução.

Dentre os incidentes previstos no CPP, destaca-se o incidente de falsidade documental (arts. 145 a 148), que é considerado pela doutrina de fato um "processo incidental". Este tipo de incidente

não só possui autonomia estrutural e vinculação funcional, mas também gera uma nova relação jurídica processual com um objeto litigioso próprio, diferenciando-se assim dos simples incidentes e dos procedimentos incidentais.[862]

A distinção entre questões incidentais, procedimentos incidentais e processos incidentais e questões prejudiciais é nevrálgica para a compreensão da dinâmica processual, por tal razão, tais elementos serão tratados no capítulo que se inicia, enfatizando a necessidade de compreender o tema, visto que essencial para assegurar que as resoluções jurídicas ocorram de maneira ordenada e dentro dos parâmetros legais estabelecidos pelo Código de Processo Penal.

Assim, o Título VI do Livro I do CPP abrange uma gama de instrumentos processuais que permitem a resolução de questões surgidas antes ou durante o andamento de um processo penal, garantindo a ordem e a justiça na condução dos procedimentos judiciais.

19.1. Questões prejudiciais

As questões prejudiciais estão previstas nos arts. 92 a 94 do CPP. Assim, questões prejudiciais são aquelas que necessitam de resolução antes do julgamento do processo criminal, ou seja, antes que a sentença seja proferida. Essas questões podem ter natureza penal ou extrapenal (cível, tributária etc.) e, quando presentes, o objeto da ação penal passa a ser considerado como questão prejudicada. A questão prejudicial poderá ser facultativa ou obrigatória, como se verá a seguir.

> *Questões prejudiciais (arts. 92 a 94 do CPP) - assim se denominam as questões jurídicas que embora autônomas em relação ao seu objeto e, por isso, passiveis de constituírem objeto de outro processo, revelam-se como antecedentes lógicos da resolução do mérito.*[863]

Importante diferenciar questões prejudiciais das questões preliminares. As últimas "são absolutamente dependentes e sempre julgadas pelo juízo penal". De fato, a questão preliminar diz respeito à assuntos inerentes "ao próprio processo, no viés de seu regular desenvolvimento. Ela não se refere ao mérito da causa e tem como única consequência impedir o julgamento do mérito da causa", se for reconhecida pelo juiz. "Exemplo de preliminar no processo penal é o julgamento das nulidades processuais". É fato que as nulidades dizem respeito ao próprio processo, "vícios dentro dos atos processuais, e não ensejam condicionantes ao mérito, senão ao regular desenvolvimento válido do processo".[864]

Continuando com o tema deste capítulo, questões prejudiciais, são aspectos (questões) que precisam ser resolvidos antes do julgamento de um processo penal. Elas podem ter natureza penal (relacionadas a ocorrência de determinados crimes) ou extrapenal (relacionadas a outras áreas do direito). Quando essas questões estão presentes, o objeto da ação penal se torna uma questão prejudicada, que podem ser de reconhecimento obrigatório ou facultativo.

São exemplos de Questões Prejudiciais: a) Receptação e Furto: só haverá condenação por crime de receptação se o objeto for produto de crime, no caso do exemplo, furto, assim é necessário primeiro provar que o furto (questão prejudicial) realmente aconteceu, a receptação é a questão prejudicial; b) Bigamia e Nulidade de Casamento: só ocorre o crime previsto no art. 235 do CPP, se a pessoa se casar (no cível), sendo já casada anteriormente (também no cível). Em caso de existir nulidade do primeiro casamento]: é preciso primeiramente decidir se o primeiro casamento é válido ou nulo (este tema é a questão prejudicial e será decidido pelo juízo cível). O crime de bigamia (questão prejudicada) só será decidido

pelo juízo penal, portanto, depois que a validade do primeiro casamento for decidida pelo juízo cível (outra competência).[865]

19.1.2 Natureza das Questões Prejudiciais

Quanto à natureza das questões prejudiciais, elas podem ser classificadas como homogêneas ou heterogêneas.

a) Questões Prejudiciais Homogêneas (ou comuns, ou imperfeitas, ou não devolutivas ou internas): Tanto a questão prejudicial, quanto a prejudicada, possuem natureza de direito penal, ou seja, possuem a mesma matéria. Portanto, são resolvidas no interior do mesmo ramo do direito, ou seja, não são devolvidas a outro juízo para resolução. Exemplo: a exceção da verdade em crimes de calúnia.[866]

b) Questões Prejudiciais Heterogêneas (ou extrapenais, jurisdicionais, perfeitas, externas ou devolutivas): Envolvem outras áreas do direito e são decididas por um juízo de competência diferente do direito penal. Neste caso, o juízo penal, obrigatoriamente irá devolver a questão para que outro juízo a resolva. Exemplo: decisão sobre a posse em um processo cível antes de julgar um crime de esbulho (invasão de propriedade); [867] ou a decisão sobre a nulidade de um casamento antes de julgar um crime de bigamia.

19.1.3 Tipos de Questões Prejudiciais Heterogêneas:

As questões prejudiciais heterogêneas podem ser facultativas ou obrigatórias:

a) Questões Prejudiciais Heterogêneas Obrigatórias (ou absolutas): Dispõe o Art. 92 do CPP:

> *Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal*

> *ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.*

Questões prejudiciais obrigatórias, portanto, são aquelas que sempre levam à suspensão do processo penal, pois devem ser resolvidas em outro juízo. Dizem respeito às "matérias atinentes ao estado civil *lato sensu* do indivíduo", compreendendo "aspectos familiares (condição de casado, de solteiro, de pai, de mãe, de filho etc.), aspectos pessoais (idade, sexo, condição mental etc.)" e características políticas "(nacionalidade, naturalidade, cidadania etc.)".[868]

Tratam-se de questões devolutivas, heterogêneas, absolutas e obrigatórias. Pois devolvem (remetem) o julgamento da questão prejudicial, que é de natureza diversa da do direito penal (heterogênea) ao juízo competente (normalmente o juízo cível). São questões obrigatórias ou absolutas, tendo em vista que sua existência obriga ao juízo penal que proceda à suspenso do processo penal até a decisão do juízo cível, desde que a questão seja séria e fundada (ou seja, demande um processo que a decida). Fundada, quer dizer uma questão que tenha possibilidade jurídica de realmente afetar o processo penal.

Exemplo dado por Avena é o caso de um indivíduo que se casou pela primeira vez em 1991 e se casou novamente em 2012. Sendo acusado de bigamia e alegar a nulidade do primeiro casamento, essa alegação não será considerada séria e fundada, pois o prazo para anular o primeiro casamento no juízo cível já prescreveu (art. 1.560 do Código Civil). Assim, como não é possível mover uma ação cível, o juiz criminal deve indeferir a suspensão do processo penal e continuar com o julgamento normalmente.[869]

Tratando-se de crime de ação penal pública (questão prejudicada), dispõe o parágrafo único do art. 92 do CPP que: "Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados". Isto ocorre tendo em vista o fato de ser o MP o titular da ação penal pública.

São exemplos: como a nulidade de um casamento no caso do crime de bigamia; outro exemplo pode ser melhor compreendido a partir da ementa a seguir transcrita:

> *Menoridade penal: força probatória do registro civil de nascimento, só elidível no juízo cível. 1. A idade compõe o estado civil da pessoa e se prova pelo assento de nascimento, cuja certidão - salvo quando o registro seja posterior ao fato - tem sido considerada prova inequívoca para fins criminais tanto da idade do acusado quanto da vítima: precedentes. 2. Conseqüente incidência não só do art. 155 - que, quanto ao estado das pessoas, faz aplicáveis no juízo penal as restrições à prova estabelecidas na lei civil - mas também o art. 92 C.Pr.Penal, que, ao* ***disciplinar as questões prejudiciais heterogêneas, tornou obrigatória a suspensão do processo penal para que se resolva no juízo civil a controvérsia sobre o estado civil da pessoa, de cuja solução dependa a existência do crime*** *e, sendo este perseqüível por ação penal pública, legitimou o Ministério Público para o processo civil necessário. 3. Até que se obtenha, por decisão do juízo competente, a retificação do registro civil, a menoridade do acusado, nele assentada, prevalece sobre eventuais provas em contrário e impede, por ilegitimidade passiva, a instauração contra ele de processo penal condenatório. (HC 77278, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30-06-1998, DJ 28-08-1998 PP-00002 EMENT VOL-01920-01 PP-00124) (grifo nosso)*

Reconhecida a questão prejudicial obrigatória o processo deverá ser suspenso. A suspensão dura até que a decisão seja definitiva no juízo cível. Neste caso, estará suspensa também a prescrição, nos termos do art. 116, I do CP:

> *Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:*
> *I - Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;*

Havendo a suspensão do processo, que pode ser decidido de oficio pelo juiz ou a requerimento das partes, não há prazo para

findar a suspensão, sendo por tal motivo, suspenso também o prazo prescricional.

b) Questões Prejudiciais Heterogêneas Facultativas (ou relativas). Dispõe o Art. 93 do CPP:

> *Art. 93 Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.*
>
> *§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.*
>
> *§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.*
>
> *§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.*

Tratando-se, ainda, de questões prejudiciais heterogêneas, ou seja, aquelas que possuem discussão de matéria diversa da direito penal. Elas podem ser facultativas ou relativas, ou seja, podem, mas não precisam, levar à suspensão do processo penal. O juiz não é obrigado a aguardar o deslinde dela para resolver o processo penal.

São aquelas questões que, embora de natureza diversa da de direito penal, não tratam sobre o estado civil das pessoas, o juiz somente suspenderá o processo penal, se:

1) Já houver sido proposta a ação no juízo cível;
2) Questão seja de difícil solução: ou seja, a há necessidade da existência de um processo autônomo para decidir a questão;
3) A questão não deve versar sobre direito cuja prova a lei civil limite. Como exemplo, de acordo com o art. 227, parágrafo único, do Código Civil, “qualquer que seja o valor

> do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito." Este dispositivo destaca a necessidade de provas escritas complementares à testemunhal em negócios jurídicos de qualquer valor.

Assim, como exemplo, imagine um caso em que um acusado está sendo julgado por furto de um veículo. Em sua defesa, ele alega que o veículo foi adquirido por meio de compra e venda com a suposta vítima e solicita a aplicação do art. 93 do Código de Processo Penal (CPP), alegando que já iniciou uma ação no juízo cível para resolver essa questão. Aqui, o juiz penal precisa decidir se deve suspender o processo penal até que a questão cível seja resolvida.

Para tomar essa decisão, o juiz deve avaliar se o acusado possui provas suficientes além das testemunhais. Caso as provas apresentadas sejam exclusivamente testemunhais, o juiz não reconhecerá a questão prejudicial facultativa. Isso ocorre porque, conforme a legislação civil, a prova testemunhal sozinha não é suficiente para negócios jurídicos que requerem comprovação escrita. Do mesmo modo, com a ausência de provas adicionais, a questão prejudicial facultativa não será reconhecida, e o processo penal seguirá normalmente sem suspensão.

Caso o magistrado entenda pelo reconhecimento da questão prejudicial heterogênea facultativa, haverá a inquirição das testemunhas e a produção das provas de natureza urgente. Após, o magistrado suspenderá o processo por prazo determinado, findo o qual o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa, inclusive a questão prejudicial.

O prazo prescricional, nesta hipótese, também ficará suspenso, nos termos do art. 116, I do CP.

A seguir exemplo de questões prejudiciais facultativas:

> *Ainda que o descaminho seja delito de natureza formal, a existência de decisão administrativa ou judicial favorável ao contribuinte - anulando o auto de infração, o relatório de perdimento e o processo administrativo fiscal - caracteriza questão prejudicial externa facultativa que autoriza a suspensão do processo penal (art. 93 do CPP). O STF, por ocasião do julgamento do HC 99.740-RJ (DJe 1º/2/2011), firmou compreensão no sentido de que a consumação do delito de descaminho e a abertura de processo-crime não estão a depender da constituição administrativa do débito fiscal porque o delito de descaminho é formal e prescinde do resultado. E, secundando o entendimento do Pretório Excelso, este STJ, por ambas as Turmas com competência em matéria penal, vem também decidindo que o descaminho é crime formal, e que a persecução penal independe da constituição do crédito tributário, como se colhe em reiterados precedentes. Do exposto, resulta que, sendo desnecessária a constituição definitiva do crédito tributário para a tipificação do delito, não fica a ação penal - instaurada para a apuração de crime de descaminho - no aguardo de processo administrativo, ação judicial ou execução fiscal acerca do crédito tributário, tendo em vista a independência entre as esferas. Todavia, a existência de decisão administrativa ou judicial favorável ao contribuinte provoca inegável repercussão na própria tipificação do delito, caracterizando questão prejudicial externa facultativa que autoriza a suspensão do processo penal (art. 93 do CPP). REsp 1.413.829-CE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 11/11/2014.*

19.1.4 Quanto ao grau de influência da questão prejudicial na questão prejudicada

A extensão da influência da questão prejudicial pode variar, sendo possível classificar as questões prejudiciais em diferentes graus de acordo com seu impacto sobre o fato típico e as circunstâncias que compõem o tipo penal. Assim, Avena, classifica-as em "questões prejudiciais totais" e "questões prejudiciais parciais". [870]

As questões prejudiciais totais são aquelas que interferem na própria existência do fato típico em seus elementos. Essas questões são essenciais para determinar se a conduta do acusado corresponde ao tipo penal básico. Por exemplo, a nulidade de um casamento anterior no crime de bigamia. A resolução dessas questões é fundamental, pois sem a confirmação do fato anterior, não há fato

típico, não há como estabelecer a tipicidade da conduta criminal, o que inviabiliza a condenação do acusado.

As questões prejudiciais parciais influenciam apenas aspectos específicos do tipo penal básico, geralmente relacionadas a circunstâncias que qualificam ou agravam pena. Essas questões não afetam a existência do fato típico em si, mas podem alterar a gravidade do crime e, consequentemente, a pena aplicável. Um exemplo seria a determinação de uma qualificadora em um crime de homicídio, onde a questão prejudicial pode ser a existência de premeditação ou uso de meio cruel. A resolução dessas questões é importante para definir corretamente a pena, mas não impede o reconhecimento inicial do fato típico.[871]

No entanto, parte importante da doutrina entende não haver hipótese de questão prejudicial "quando a controvérsia não disser respeito à existência do crime. Assim, por exemplo, caso tenhamos homicídio de um pai contra um filho", existiria a incidência de agravante nos termos do Código Penal (art. 61, II, e). Todavia, "caso se reconheça que a vítima não é filho do acusado não teremos a existência de questão prejudicial pois o crime continuará a existir, afastando-se apenas a agravante". Da mesma maneira, não existirá questão "prejudicial caso se trate de causas de aumento ou até mesmo de qualificadoras, pois não dizem respeito com a existência do crime".[872]

19.1.5 Sistemas de Solução das Questões Prejudiciais

Historicamente, quatro sistemas têm sido utilizados para resolver questões prejudiciais, veja: a) sistema de cognição incidental; b) sistema de prejudicialidade obrigatória; c) sistema de prejudicialidade facultativa e; d) sistema misto ou eclético.

a) Sistema da Cognição Incidental ou do predomínio da jurisdição penal ou cognição imediata: neste sistema, o juiz do processo penal resolve todas as questões prejudiciais, incluindo as de natureza diversa da de direito penal (heterogênea). A principal vantagem é a economia processual, pois o processo penal não precisa esperar a decisão do juiz civil. No entanto, a desvantagem é que o juiz criminal pode não ter a especialização necessária para decisões técnicas em matéria civil o que pode acarretar decisões conflitantes.

b) Sistema da Prejudicialidade Obrigatória ou da separação jurisdicional absoluta: tal sistema surgiu como crítica ao anterior, sugerindo que questões civis sejam decididas apenas por juízes civis, mais especializados. A crítica a este sistema é a de que não é necessário que a decisão tenha força de coisa julgada. Também, apesar de colocar fim às decisões conflitantes, retira o livre convencimento do juízo penal, bem como torna o processo penal mais moroso, por ter que, obrigatoriamente, aguardar a decisão do juízo cível.

c) Sistema da Prejudicialidade Facultativa, também denominado de remessa facultativa: este sistema permite ao juízo penal decidir se remete ou não a questão para o juízo civil, levando em consideração as especificidades do caso concreto, quão prevalente é a questão sobre matéria cível ou penal. É uma abordagem prática que oferece flexibilidade ao julgamento das questões.

d) Sistema Eclético ou misto: é o sistema adotado pelo direito brasileiro, tal sistema combina elementos dos sistemas apresentados anteriormente. Há situações em que o envio

para o juízo civil é obrigatório (como em questões prejudiciais que envolvam o estado civil) e outras em que não é, conforme expresso nos arts. 92 e 93 do CPP. A doutrina clássica considera este o melhor sistema por equilibrar especialização e flexibilidade, promovendo uma justiça mais eficiente e equânime.

19.1.5 Recursos

A decisão que decreta a suspensão do processo é passível de recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XVI do CPP. Se o juiz decidir não suspender, essa decisão não pode ser diretamente recorrida, mas pode ser questionada por meio das ações impugnativas, como o Habeas Corpus ou o Mandado de Segurança.

19.2 Exceções

As exceções são um meio de defesa no processo penal e estão previstas no art. 95 do CPP:

> *Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:*
> *I - suspeição;*
> *II - incompetência de juízo;*
> *III - litispendência;*
> *IV - ilegitimidade de parte;*
> *V - coisa julgada.*

Em sentido amplo, exceção diz respeito ao exercício do direito de defesa, ou seja, o contraponto ao direito de ação, são, portanto, o exercidas pela parte passiva de uma ação penal. Já as exceções previstas no art. 95 do CPP, supratranscrito, são meios de defesa indiretos, eis que tratam sobre condições da ação ou pressupostos processuais, não se referindo ao mérito (o qual é objeto de defesa direta).

As exceções previstas no art. 95 do CPP, muito embora não se tratem de um processo autônomo, mas de um incidente processual,

são, por tal razão, autuadas em autos apartados ao processo criminal e em regra, segundo dispõe o art. 111 do CPP não possuem efeito suspensivo (ao processo principal).

O art. 95 do CPP, elenca cinco exceções: suspeição, incompetência de juízo; litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, "apesar de não mencionada expressamente no Código de Processo Penal, deve-se reconhecer, também, as exceções de incompatibilidade e de impedimento, em face do que dispõe o seu art. 112".[873]

As questões levantadas por meio das exceções, caso não sejam abordadas e resolvidas incidentalmente no processo penal, podem levar à anulação dos atos processuais, comprometendo a eficácia e a celeridade do processo criminal. Portanto, excetuando a competência *ratione loci* (visto que relativa e passível de convalidação), todas as demais questões – suspeição ou impedimento, incompetência absoluta (*ratione materiae* e *ratione personae*), litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte - podem ser reconhecidas pelo juiz de ofício. [874]

Sobre o assunto, tendo em vista o disposto no art. art. 111 do CPP: "As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal". Há a necessidade de confeccionar a petição de exceção, a qual deve conter o endereçamento da petição, a qualificação das partes, parte ativa será o excipiente e passiva, o excepto, narrativa dos fatos e do direito, juntada e requerimento de provas, quando possível, e o pedido.

19.2.1 Conceito e espécies

Esclarece Mougenot que "no sentido adotado pelo Código de Processo Penal, a exceção designa a defesa indireta, ou seja, aquela

que não diz respeito ao mérito do pedido". Nesse sentido "as exceções podem, assim, fundar-se na alegação de inexistência dos pressupostos processuais e das condições da ação". Elas têm, portanto, a "finalidade prolongar o curso do processo (exceção dilatória), ou mesmo extingui-lo (exceção peremptória)".[875]

As exceções dilatórias não causam a extinção do processo, mas sua ampliação, seja no prazo do processo penal, no caso em que há suspensão, ou de ampliação dos atos processuais. Assim, as exceções de suspeição e de incompetência são dilatórias, não encerram o processo e são processadas em autos apartados, sem suspender o processo principal (art. 111), também se enquadram como tal as incompatibilidades. Se julgadas procedentes, os autos são enviados ao juiz substituto ou competente.

As exceções peremptórias, como o nome diz, são terminativas, visam colocar fim àquela pretensão punitiva e como consequência ao processo penal principal. São os casos de litispendência e de coisa julgada. Já a exceção de ilegitimidade de parte varia: é peremptória se o Ministério Público oferece denúncia em crime de ação penal privada, por falta de legitimidade; é dilatória se a queixa-crime é apresentada por menor de 18 anos, sem a devida representação, corrigível pela intervenção do representante legal.

19.3 Exceção de suspeição

As causas de suspeição e impedimentos estão elencadas nos artigos 252 e 254 do CPP. O art. 258 traz as hipóteses aplicáveis ao Ministério Público.

O artigo 112 do CPP dispõe que as causas de impedimento e incompatibilidade devem ser suscitadas seguindo o mesmo procedimento da suspeição. Assim, embora será explicado sobre o procedimento de suspeição, o leitor deve incluir também as causas

de impedimento e incompatibilidade, tanto do promotor, quanto do juiz.

> *Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

O Código de Processo Penal estabelece que o procedimento para a exceção de suspeição deve ser aplicado também aos casos de impedimento e incompatibilidade (art. 112).

Assim, a suspeição ocorre quando há um vínculo subjetivo do juiz com as partes ou com o assunto debatido no processo, a exemplo de amizade íntima ou parte em outro processo similar. Está prevista no art. 254 do CPP e, mesmo que as hipóteses listadas sejam exemplificativas, a suspeição é reconhecida quando há comprometimento pessoal do juiz, causando nulidade processual (art. 564, I), que pode ser relativa ou absoluta.[876]

O impedimento fundamenta-se em razões objetivas, como a atuação de um parente do juiz como advogado no processo. Está taxativamente listado no art. 252 do CPP. Atos praticados por juiz impedido são sopesados como inexistentes e não apenas nulos, não necessitando de declaração judicial. [877]

Já a Incompatibilidade não é claramente definida no CPP, mas é discernida como diferente da suspeição e do impedimento. Inclui situações que afetam a imparcialidade do juiz, como questões de foro íntimo. A incompatibilidade resulta em nulidade relativa dos atos e deve ser arguida nos prazos do art. 571 do CPP, sob pena de preclusão e imperativo de demonstrar prejuízo. [878]

A suspeição deve ser a primeira exceção a ser arguida – se houver mais de uma exceção deverão ser opostas em uma só petição ou em

articulado (art. 110, § 1º, CPP). Deve ser a de suspeição apresentada antes das demais, salvo se surgir por motivo superveniente, segundo o disposto no art. 96: "A argüição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente".

A imparcialidade do magistrado é fundamental, ela deriva do princípio do juiz natural e elemento que dá validade ao processo penal em um Estado Democrático de direito. Assim, a ausência de garantia da imparcialidade do juiz compromete a justiça e como consequência, o processo em que ela ocorre.

De acordo com o que já foi explicado anteriormente, a exigência de que toda decisão judicial seja proferida por um magistrado ou órgão colegiado pautado pela imparcialidade é um elemento que ultrapassa as fronteiras do direito brasileiro, inserindo-se nos cânones internacionais de administração da justiça.

Assim, diversas normas internacionais dispõem sobre tal garantia: Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); artigo 26.2 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH); artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH); artigo 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP); artigo 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

No Brasil, com a ratificação da CADH, a imparcialidade se integra ao ordenamento jurídico pátrio com posição hierárquica supralegal. Esta garantia decorre do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que garante uma tutela jurisdicional criminal justa e efetiva. A imparcialidade e a independência do juiz são princípios universais, derivados do direito natural e positivo, cuja ausência compromete a justiça e a credibilidade do sistema jurisdicional, conforme a Opinião Consultiva OC-20/2009.

A imparcialidade significa que o magistrado deve ser neutro, decidindo a lide com base nas regras legais e na análise das provas do processo. Para garantir essa imparcialidade, a Constituição Federal assegura ao magistrado as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 95, CF), e impede juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).

De acordo com a dicção do art. 564, I, do Código de Processo Penal, a suspeição do juiz é causa de nulidade, incumbindo "às partes alegá-la por meio da *exceptio suspicionis*".[879]

E, no caso de inexistindo essa garantia em razão de alguma situação fática, o juiz deve se declarar suspeito nos termos do art. 95 do CPP: "O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes".

A atuação de um juiz suspeito é uma das causas de nulidade, a qual deve ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. O Ministério Público e o querelante devem apresentar a suspeição ao oferecer a denúncia ou queixa-crime, e a defesa deve fazê-lo na resposta à acusação, conforme art. 396-A do CPP. Se o juiz suspeito assumir durante o processo, ou a causa de suspeição ocorrer no curso do processo, a exceção deve ser oposta imediatamente após a notícia da suspeição.

A suspeição pode ser afirmada espontaneamente pelo juiz ou a requerimento das partes por meio da "exceção de suspeição". O juiz que se declarar suspeito de ofício deve indicar o motivo legal, não há necessidade de especificar a situação fática, intimar as partes e remeter o processo ao juiz substituto, conforme disposição do art. 97 do CPP.

> *Registre-se, por oportuno, que já se decidiu não ser cabível a arguição de suspeição do magistrado em sede de habeas corpus, entendendo-se este ser via inadequada para*

> *tanto, além do que a suspeição deve ser arguida em relação a determinado juiz e não ao juízo, como ocorre na exceção de incompetência. Impende ressaltar, entretanto, que a 2ª Turma do STF, no julgamento do HC 164.493/PR (caso da suspeição do ex-Juiz Federal Sergio Moro), entendeu cabível, em sede de habeas corpus, a análise da parcialidade de magistrado, desde que os elementos de prova justificantes de tal pedido estejam pré-constituídos e juntados aos autos do remédio constitucional.*[880]

Se a parte pretender recusar o juiz, alegando a suspeição, deve fazê-lo por meio petição assinada por ela ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as razões, acompanhando de provas documentais e rol de testemunhas, se houver, conforme art. 98 do CPP e jurisprudência do STJ- Informativo nº 560.

A doutrina apresenta divergências quanto à legitimidade do assistente de acusação para arguir a suspeição do juiz. No entanto, a posição predominante defende que, em caso de ausência de norma em sentido contrário, o assistente tem o direito de opor a exceção, recusando o juiz.

A exceção de suspeição é, portanto, de natureza dilatória e visa afastar o juiz de um processo penal, devendo ser proposta por meio de uma petição fundamentada, acompanhada de provas documentais e, se necessário, um rol de testemunhas. Não há um número legal de testemunhas, portanto, parte da doutrina sugere a aplicação analógica do Código de Processo Civil (CPC), designadamente o art. 357, § 6.º do CPC/2015, que limita o número de testemunhas a 10 no total, sendo no máximo 3 para provar cada fato alegado (STF, 2ª Turma, HC 164.493/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.3.2021, DJe, 4.6.2021).[881]

A partir da petição da parte, o juiz pode reconhecer a suspeição, suspendendo o processo e remetendo o caso ao substituto conforme dispõe o art. 99 do CPP: “Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruam, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto”.

No caso de não a reconhecer, o juiz mandará autuar a petição em autos apartados, respondendo em três dias, podendo instruir e arrolar testemunhas. Enviará os autos ao juiz ou tribunal competente (artigo 100, §§ 1º e 2º, do CPP), no prazo de 24 horas.

Se o tribunal ou o juiz reconhecer a relevância da arguição, com citação das partes, marcará a data e o horário para a oitiva das testemunhas, seguindo-se ao julgamento, independente de mais alegações, conforme art. artigo 100, § 1º do CPP.

Se procedente, os atos processuais são anulados e o magistrado suspeito (recusado) é condenado a pagar as custas; se rejeitada, pode haver multa por má-fé do excipiente.

Dispõe o art. 102 que "quando a parte contrária reconhecer a procedência da argüição, poderá ser sustado, a seu requerimento, o processo principal, até que se julgue o incidente da suspeição". No caso, a parte contrária a que menciona o artigo não é a da exceção, mas do processo penal. Assim, se o réu opor a exceção de suspeição em face do juiz e o promotor titular da ação penal, reconhecer a procedência da exceção, o processo penal será suspenso até o julgamento da exceção.

O procedimento segue o rito estabelecido no artigo 103 do CPP para magistrados de tribunais ou ministros do STJ ou do STF. A suspeição pode ser aplicada a membros do Ministério Público, peritos, intérpretes, serventuários da Justiça e jurados, nos termos do art. 105 do CPP.

> *Art. 103. No Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o juiz que se julgar suspeito deverá declará-lo nos autos e, se for revisor, passar o feito ao seu substituto na ordem da precedência, ou, se for relator, apresentar os autos em mesa para nova distribuição.*
>
> *§ 1º Se não for relator nem revisor, o juiz que houver de dar-se por suspeito, deverá fazê-lo verbalmente, na sessão de julgamento, registrando-se na ata a declaração.*
>
> *§ 2º Se o presidente do tribunal se der por suspeito, competirá ao seu substituto designar dia para o julgamento e presidi-lo.*

> *§ 3º Observar-se-á, quanto à argüição de suspeição pela parte, o disposto nos arts. 98 a 101, no que Ihe for aplicável, atendido, se o juiz a reconhecer, o que estabelece este artigo.*
> *§ 4º A suspeição, não sendo reconhecida, será julgada pelo tribunal pleno, funcionando como relator o presidente.*
> *§ 5º Se o recusado for o presidente do tribunal, o relator será o vice-presidente.*

Para suspeição de membros do MP, conf. art. 104 do CPP, o juiz decide após ouvir o *Parquet* e permitir provas em três dias. Dessa decisão não cabe recurso, mas pode haver correição parcial, mandado de segurança ou habeas corpus, a depender da situação no caso concreto.

A suspeição de peritos, intérpretes e serventuários é decidida de imediato pelo juiz, sem recurso. Para jurados, a suspeição é decidida oralmente pelo presidente do Tribunal do Júri.

Quanto aos jurados no Tribunal do Júri, importante lembrar que servir como jurado é uma responsabilidade cívica importante para os cidadãos. Dispõe o artigo 436 do Código de Processo Penal, a função de jurado é obrigatória. Isso significa que, ao ser convocado, o cidadão deve cumprir esse dever. Recusar-se a servir como jurado sem uma justificativa válida pode resultar em uma multa.

Há casos em que o cidadão pode ser dispensado dessa obrigação, como é o da suspeição. O motivo deve ser relevante e comprovado. Assim como os juízes e demais sujeitos processuais, os jurados também estão sujeitos a causas de suspeição e impedimento. Essas causas garantem a imparcialidade e a justiça do processo, as causas são as mesmas aplicáveis aos juízes togados. Aduz o art. 106 do CPP:

> *Art. 106. A suspeição dos jurados deverá ser argüida oralmente, decidindo de plano do presidente do Tribunal do Júri, que a rejeitará se, negada pelo recusado, não for imediatamente comprovada, o que tudo constará da ata.*

De acordo com o artigo 471 do Código de Processo Penal, se houver impedimento, suspeição, incompatibilidade, dispensa ou recusa de jurados e não houver número suficiente para formar o

Conselho de Sentença, o julgamento deverá ser adiado. Isso assegura que todos os membros do júri possam desempenhar suas funções de maneira justa e imparcial.

O CPP dispõe que não é possível arguir suspeição de autoridades policiais durante o inquérito, mas elas devem declarar-se suspeitas se houver motivo legal (artigo 107 do CPP). Se não o fizerem, é possível interpor recurso administrativo ao Chefe de Polícia, conforme analogia ao artigo 5º, § 2º, do CPP.

Sobre o tema, interessante os acórdãos a seguir transcritos:

> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INDUZIMENTO AO SUICÍDIO. PERSEGUIÇÃO. ABUSO DE AUTORIDADE. INOVAÇÃO ARTIFICIOSA. PREVARICAÇÃO. PRELIMINARES. INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO. MAGISTRADO. VIA IMPRÓPRIA. PROMOTOR DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO JUIZ DA CAUSA. ATUAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA. FISCALIZAÇÃO A CARGO DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE EXCESSO OU FALTA FUNCIONAL. VEDADA ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE AUTORIDADE POLICIAL. MÉRITO. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME. ILEGITIMIDADE ATIVA DOS QUERELANTES. DECISÃO MANTIDA.*
>
> *1. A arguição de suspeição de magistrado deve ser cogitada em instrumento próprio, qual seja, o procedimento incidental da exceção a ser oposta com fulcro no art. 95 e seguintes, c/c art. 112, todos do Código de Processo Penal. 2. O fato de o magistrado ter rejeitado a queixa-crime não o torna suspeito. 3. A arguição de suspeição de Promotor de Justiça deve ser levantada no Juízo em que tramita a demanda. Ao juiz, cabe, inclusive, decidir sobre a realização ou não de diligências solicitadas no incidente processual, podendo indeferir as que entender irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que se configure cerceamento de defesa. 4. A arguição de suspeição da autoridade policial, nos atos do inquérito, é expressamente vedada pelo art. 107 do Código de Processo Penal. 5. O inquérito é instrumento destinado à formação da opinio delicti do órgão acusatório, e se trata de procedimento administrativo de investigação criminal. Ausentes indícios de excesso ou falta funcional, verificados pelo magistrado resta prematura qualquer tentativa de interrupção dos procedimentos investigativos de extrema complexidade. 6. Deve ser mantida a decisão que rejeita a queixa-crime por ilegitimidade dos querelantes, ante a falta de condição para o exercício da ação penal, nos termos do art. 395, II, do Código de Processo Penal. 7. Os crimes suscitados. Homicídio qualificado; induzimento ao suicídio; perseguição; abuso de autoridade; inovação artificiosa e prevaricação, são de ação penal pública incondicionada ou condicionada a representação do ofendido, de iniciativa privativa do Ministério Público para sua promoção. 8. Na hipótese, não há se falar em ação penal privada subsidiária da pública quando o Ministério Público não se mostrou desidioso ou inerte em acompanhar os fatos que apuram a prisão e morte da representada. 9. Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido. (TJDF; RSE 07177.67-46.2021.8.07.0020; Ac. 162.8134;*

Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Josaphá Francisco dos Santos; Julg. 20/10/2022; Publ. PJe 24/10/2022)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA E CONCUSSÃO (ART. 317 E ART. 316 DO CPB). SENTENÇA CONDENATÓRIA. QUESTÃO DE ORDEM. PLEITO PARA RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO PREJUDICADO. PRELIMINAR POR SUSPEIÇÃO DO POLICIAL QUE CONDUZIU INVESTIGAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. ART. 107 DO CPP. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEIÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ANÁLISE DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CORRETAMENTE VALORADAS. AGRAVANTE. MANUTENÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS. DECOTE. VIABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. -É CERTO QUE POLICIAIS E DELEGADOS DE POLÍCIA, TENDO CONHECIMENTO DA PRÁTICA DE ATO CRIMINOSO, TEM O DEVER LEGAL DE AGIR, DANDO INÍCIO À RESPECTIVA INVESTIGAÇÃO. Nos termos do art. 107 do CPP, não há possibilidade de reconhecimento de suspeição da autoridade policial, mormente quando não há qualquer mínima prova do alegado. -O magistrado não está obrigado a rebater especificamente cada alegação defensiva quando de sua fundamentação. Ademais, não tendo sido comprovado prejuízo para a defesa, não há que se falar em nulidade da sentença. -O agente que recebe vantagem indevida em razão da condição de funcionário público comete o crime de corrupção passiva. -Constatado que o réu solicitou e recebeu, em razão da função, vantagem indevida, a manutenção da condenação pelo crime previsto no art. 317, caput, do CPB é a medida que se impõe. -Tendo a condenação pelo crime de concussão se baseado no mesmo fato em que o acusado já foi condenado, patente a sua absolvição sob pena de bis in idem. -Não havendo incorreções na pena-base fixada, deve ser mantida as valorações das circunstâncias judiciais, assim como na incidência das agravantes. -A fixação do valor reparatório, na esfera penal, poderá ocorrer somente quando houver pedido expresso, quer do representante do Ministério Público ou de eventual assistente de acusação, oportunizando-se, assim, a produção de prova em sentido contrário e, com isso, o regular exercício do contraditório, além de ser necessário existir nos autos elementos balizadores do valor do dano sofrido. (TJMG; APCR 0005005-27.2020.8.13.0628; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Wanderley Paiva; Julg. 25/01/2022; DJEMG 04/02/2022)

No entanto, o delegado não se declarar suspeito ou impedido, apesar da obrigação legal e de, no caso concreto, ele ser suspeito e/u impedido, não há sanção processual prevista legalmente. Assim, por ser uma exigência legal, a autoridade policial pode enfrentar responsabilização disciplinar pela Corregedoria da Polícia Civil. Mesmo com a proibição do art. 107 do CPP, se houver motivos para suspeição ou impedimento, a parte interessada deve solicitar ao

Chefe de Polícia Civil o afastamento do delegado, que poderá ordenar a remoção.[882]

A Lei 12.830/2013 (Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia) em seu art. 2.º, § 4.º, permite a transferência da titularidade do inquérito por avocação ou redistribuição, feitas pelo superior hierárquico do delegado, mediante despacho fundamentado. Avocação ocorre quando o superior assume a presidência do inquérito, enquanto redistribuição transfere o inquérito a outro delegado, igualmente competente. [883]

> § *4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.*

Constitucionalmente, nada impede esses procedimentos, pois o princípio do delegado natural não é reconhecido. O art. 5.º, LIII, da Constituição, ao determinar que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", estabelece os princípios do promotor e juiz naturais, mas não garante ao suspeito ser investigado por um delegado previamente investido. [884]

19.4 Exceção de incompetência de juízo

A exceção de incompetência do juízo está prevista nos arts. 108 a 109 do CPP, veja:

> *Art. 108. A exceção de incompetência do juízo poderá ser oposta, verbalmente ou por escrito, no prazo de defesa.*
>
> § *1º Se, ouvido o Ministério Público, for aceita a declinatória, o feito será remetido ao juízo competente, onde, ratificados os atos anteriores, o processo prosseguirá.*
>
> § *2º Recusada a incompetência, o juiz continuará no feito, fazendo tomar por termo a declinatória, se formulada verbalmente.*
>
> *Art. 109. Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.*

A exceção de incompetência, também conhecida como *declinatoria fori,* é uma defesa processual que deve ser apresentada quando uma das partes considera que o juiz que está julgando a causa não é competente para tanto.[885] Como é sabido é direito fundamental das partes terem o processo conduzido pelo juiz natural da causa, por tal razão a incompetência do juízo é causa de nulidade processual, de acordo com o disposto no art. 564, I do CPP.

No entanto, nos termos do art. 109 do CPP, em qualquer fase processual o juiz pode se reconhecer incompetente, seja em razão de incompetência relativa ou absoluta. Todavia, a Súmula 33 do STJ[886], embora originalmente confeccionada para o processo civil, tem sido aplicada ao processo penal, proibindo o juiz de reconhecer de ofício a incompetência relativa. Não obstante, "assevera a doutrina que o magistrado só poderá declarar-se incompetente de ofício até momento da absolvição sumária. Esse é o entendimento predominante".[887]

A competência no processo penal, como é sabido, é matéria de ordem pública (no caso da absoluta), o que autoriza ao juiz declarar-se incompetente de ofício até o início da audiência de instrução, debates e julgamento, em observância ao princípio da identidade física do juiz[888], pois após a audiência o juiz deverá proferir a sentença.

Todavia, se o juiz não reconhece a incompetência de oficio, o réu poderá opor a exceção de incompetência, a qual possui natureza dilatória, juntando documentos que entende serem pertinentes.

Se ao opor a exceção, o juiz, após ouvido o MP, aceitar a declinatória, os autos devem ser encaminhados ao juiz competente, no qual, ratificados anteriores, o processo seguirá. No entanto, se o juiz que receber os autos entender ser incompetente, vai propor um

conflito de jurisdição, a fim de resolver o conflito de jurisdição negativo, nos termos dos arts. 113 a 117 do CPP.

Em relação ao promotor, como titular da ação penal, é esperado que ele apresente a denúncia no foro que considera adequado para o julgamento do caso. Da mesma forma, o querelante deve proceder com a queixa-crime. Assim, via de regra, não há interesse em apresentar uma exceção de incompetência.[889]

Ademais, se houver questionamento acerca da competência durante a distribuição do inquérito, o qual previne o juiz conforme o art. 75, parágrafo único, do CPP, o representante do Ministério Público deve questionar a competência diretamente ao juiz. Isso também pode ocorrer ao oferecer a denúncia, ou seja, oferece a peça acusatória e opõe a exceção de incompetência. Se aceita a argumentação, os autos serão remetidos ao juízo competente. Caso contrário, não há recurso imediato, mas a decisão pode ser questionada posteriormente como fonte de nulidade (art. 564, I, CPP). [890]

O Ministério Público também pode provocar outro juiz a se manifestar acerca da competência, instaurando um conflito positivo de competência, que deverá ser resolvido por meio de um conflito de jurisdição. Essa provocação pode acarretar à instauração de inquérito na outra Comarca, possivelmente resultando em outro processo e estabelecendo o conflito positivo de competência. [891]

Conforme já explicado, há dois tipos de incompetência: 1) relativa, aquela que se não arguida no momento oportuno sofrerá a preclusão e por conseguinte a prorrogação da competência. É causa de nulidade relativa e a parte deve provar o prejuízo sofrido. São causas de incompetência relativa: conexão e continência, territorial, prevenção, distribuição e processos do JECrim; 2) absoluta, regra de interesse público, fundada na Constituição Federal. É, portanto,

improrrogável e imodificável, assim é causa de nulidade absoluta, pode ser arguida a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado da sentença absolutória imprópria (que impõe medida de segurança) ou condenatória, neste caso o prejuízo é presumido (não há necessidade de provar). É o caso da competência em razão da matéria, função e da pessoa.

Assim, a incompetência relativa deve ser arguida no prazo da defesa, conforme dicção do artigo 108 do Código de Processo Penal (CPP), sob pena de prorrogação da competência e preclusão. Veja a elucidativa decisão do STF:

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INCOMPETÊNCIA RATIONE LOCI: INCOMPETÊNCIA RELATIVA. DENÚNCIA: ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. CRIMES DE RECEPTAÇÃO E ESTELIONATO. CP, ARTS. 180 E 171. I. -* ***A incompetência ratione loci é relativa e, se não argüida opportuno tempore, preclui.*** *II. - Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. III. - O fato de o agente, depois de haver receptado o veículo, adulterar o chassis deste e providenciar documentação falsa, vendendo-o, a seguir, a terceiro, como se fosse veículo em situação regular, iludindo, assim, a boa fé do comprador, configura o crime de estelionato. IV. - H.C. indeferido. (HC 70624, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 16-09-1997, DJ 07-11-1997 PP-57232 EMENT VOL-01890-01 PP-00212) (*grifo nosso).

A Lei n. 11.719/2008 modificou a dinâmica do processo, eliminando a "defesa prévia" – que anteriormente era peça processual facultativa e meramente cerimonial – prevista no antigo artigo 395, passando a exceção a ser processada de acordo com o artigo 396-A, § 1º, do CPP, por meio da "resposta à acusação". Portanto, o momento para opor a exceção de incompetência é no prazo da resposta à acusação (10 dias), salvo se o motivo for superveniente ou a parte tome conhecimento posteriormente.

Já a incompetência absoluta pode ser reconhecida a qualquer tempo pelo próprio juiz, de ofício, conforme o artigo 109 do CPP, e sua aceitação implica a nulidade dos atos decisórios realizados pelo juiz incompetente, salvo o de recebimento da denúncia. Embora a jurisprudência, expressa na Súmula 33 do STJ, vede o

reconhecimento de ofício da incompetência relativa, há doutrinadores e decisões que admitem essa possibilidade, argumentando que o artigo 109 do CPP não distingue entre incompetência absoluta e relativa, conforme já mencionado anteriormente.

A exceção de incompetência pode ser suscitada verbalmente ou por escrito durante o prazo da resposta à acusação (defesa) e não suspende o curso do processo principal. Se reconhecida, os autos são enviados ao juiz competente, que ratifica os atos instrutórios e anula os atos decisórios, exceto o de recebimento da denúncia, conforme o artigo 567 do CPP. A rejeição da exceção mantém o juiz no feito, registrando a declinatória se esta foi de maneira verbal.

Sobre o tema, veja ilustrativa recente decisão do STF:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DOS ATOS PRATICADOS, INCLUSIVE DECISÓRIOS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR JUÍZO INCOMPETENTE. INEFICÁCIA PARA FINS DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL. DENÚNCIA: DESCRIÇÃO DE CONDUTA COM FINALIDADE ELEITORAL. AUSÊNCIA DE REENQUADRAMENTO DA CONDUTA. NULIDADE DO DESPACHO DE RATIFICAÇÃO: NÃO VERIFICADA. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE: INOCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido da inviabilidade de utilização do habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, salvo em casos de manifesta ilegalidade. Precedentes. 2. Nos termos do art. 567 do Código de Processo Penal, o reconhecimento de incompetência do Juízo implica a nulidade dos atos decisórios, preservando-se os demais atos processuais. 3. O Supremo Tribunal Federal tem decidido que até mesmo os atos decisórios proferidos por Juízo absolutamente incompetente podem ser ratificados, em evolução à jurisprudência até então prevalecente. 4. Pacificou-se entendimento no sentido de que o "recebimento da denúncia, quando efetuado por órgão judiciário absolutamente incompetente, não se reveste de eficácia interruptiva da prescrição penal, eis que decisão nula não pode gerar a conseqüência jurídica a que se refere o art. 117, I, do Código Penal". (Inq nº 1.544-QO/PI, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 07/11/2001, p. 14/12/2001). 5.* ***Não se mostram contraditórias as conclusões no sentido da possibilidade de ratificação do recebimento da denúncia procedido por Juízo absolutamente competente e, ao mesmo tempo, da ausência de eficácia interruptiva da prescrição de tal decisão. Tendo havido o aproveitamento integral da inicial acusatória pelo Ministério Público, possibilitou-se a ratificação tácita da decisão de recebimento***

> ***da denúncia.*** *6. Inalterado o quadro fático, com a manutenção integral da inicial acusatória apresentada anteriormente, que já narrava claramente falsidade ideológica eleitoral, não era necessária decisão de ratificação do recebimento da peça acusatória de maior aprofundamento. 7. Simples omissão na reclassificação legal da conduta (do art. 299 do Código Penal para o art. 350 do Código Eleitoral) não implicou qualquer prejuízo à defesa, que, desde do início, pode se contrapor à acusação. 8. O regime normativo das nulidades no sistema jurídico brasileiro é ordenado pelo postulado básico pas de nullité sans grief, disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual não se reconhece nulidade de um ato processual sem que demonstrado prejuízo aos interesses da parte e ao regular interesse da jurisdição. Precedentes. 9. Mantida a ratificação do recebimento da denúncia como marco interruptivo da prescrição, não se cogita da ocorrência do fenômeno. 10. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (HC 228998 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 25-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 27-05-2024 PUBLIC 28-05-2024)* (grifo nosso).

Importante destacar que relativamente ao assistente de acusação, há duas posições acerca da possibilidade de opor exceção de incompetência: a) não tem legitimidade para propor a exceção de incompetência, pois o artigo 271 do CPP não prevê essa possibilidade, sendo taxativo[892]; b) o art. 271 do CPP é meramente exemplificativo, pois, caso contrário, seria muito extenso, por tal razão, o assistente de acusação possui legitimidade para opor a exceção de incompetência. Segunda posição é a que o autor do presente livro entende melhor se enquadrar ao processo penal democrático, permitindo também à vítima a efetiva participação no desenrolar do processo.

Das decisões que reconhecem ou julgam procedente a incompetência, cabe recurso em sentido estrito, conforme o artigo 581, II e III, do CPP. No entanto, da decisão que rejeita a incompetência é irrecorrível, podendo ser contestada por meio de ações impugnativas, como exemplo o *habeas corpus* ou debatida em preliminar de apelação.

19.5 Exceção de litispendência

A litispendência, no processo civil, é considerada no caso de identidade de ações, ocorre quando há mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

No processo penal, a ação penal sempre terá o mesmo pedido, qual seja o de condenação. Assim, para verificar a duplicidade de ações na seara penal é preciso identificar se há: mesmo réu, mesma causa de pedir, ou seja, o objeto processual, o fato criminoso é o mesmo, ainda que divergente sejam as tipificações legais.

> *O instituto da litispendência guarda relação com a ideia de que ninguém pode ser processado quando está pendente de julgamento um litígio com as mesmas partes (eadem personae), sobre os mesmos fatos (eadem res), e com a mesma pretensão (eadem petendi), que é expressa por antiga máxima latina, o ne bis in idem.*[893]

A exceção de litispendência no CPP está prevista no art. 110: "Nas exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, será observado, no que Ihes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo".

Trata-se de exceção de natureza peremptória, visto que objetiva colocar fim à ação penal que ocorreu a prevenção, conforme art. 78 do CPP.

Assim, se o réu observar que contra ele corre duas ações penais em razão do mesmo fato criminoso, deve opor exceção de litispendência. Frise-se que para que ocorra identidade entre as ações penais é necessário: a) igualdade de sujeito passivo; b) identidade de causa de pedir; c) igualdade de pedido, via de regra é de condenação nas duas ações penais, todavia, pode ocorrer que na primeira ação penal haja pedido de condenação e na segunda de absolvição imprópria. Nesse sentido, dado que a medida de segurança tem natureza de sanção, é possível opor a exceção de litispendência quando o réu responde a um processo em que se postula sua condenação, enquanto, pelo mesmo fato, já responde a

outro processo com pedido de absolvição e imposição de medida de segurança.[894]

Explique Avena que não é cabível utilizar a exceção de litispendência em casos de duplicidade de inquéritos policiais, mesmo que investiguem os mesmos fatos. Se houver dois inquéritos distintos sobre o mesmo crime, o investigado deve impetrar habeas corpus para encerrar um dos inquéritos, devido ao constrangimento ilegal da dupla investigação. [895]

O procedimento da exceção de litispendência, conforme dicção do art. 110 do CPP é o mesmo aplicável à exceção de incompetência. Tratando-se de matéria de ordem pública, a exemplo das demais causas de exceção, o juiz pode reconhecer de ofício e colocar fim ao processo que não é prevento.

Contra a decisão que acolhe a exceção de litispendência cabe o recurso em sentido estrito, conforme o art. 581, III, do CPP. Se a exceção for rejeitada, a decisão é irrecorrível e deve ser contestada por remédios constitucionais (habeas corpus ou mandado de segurança) ou em preliminar de apelação futura. No entanto, conforme o art. 593, II, do CPP, se a litispendência for reconhecida de ofício pelo juiz, cabe apelação, obviamente pelo titular da ação penal, tendo em vista o interesse recursal.

Sobre o tema em debate, interessante julgado do STJ, no qual o Tribunal entendeu que não basta que os fatos sejam os mesmos ou correlacionados, para reconhecer a litispendência, pois eventos interligados podem gerar mais de uma imputação se caracterizarem lesão a bens jurídicos diferentes. Veja:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. OPERAÇÃO ENTERPRISE. LITISPENDÊNCIA. DUPLA IMPUTAÇÃO. TIPOS PENAIS AUTÔNOMOS. ANÁLISE PRÓPRIA DO JUÍZO DE ORIGEM. COGNIÇÃO RESTRITA. VIA INADEQUADA. I - O reconhecimento da litispendência, no processo penal,*

> *depende coincidência do sujeito ativo nas condutas descritas nas denúncias e a identidade das imputações.* ***A litispendência, portanto, não deriva, exclusivamente, de fatos correlacionados porque eventos interligados podem dar origem a mais de uma imputação, desde que esteja caracterizada lesão a bens jurídicos diversos****. II - O art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006, e no art. 2º, caput, da Lei n. 12.850/2013, são tipos penais autônomos, com definições diversas, e, assim, a avaliação da extensão dos fatos que deram origem às imputações criminais na origem para afastar algum dos delitos demandaria análise incompatível com a via do habeas corpus - instrumento de rito célere e cognição sumária que pressupõe prova pré-constituída do risco afirmado e não se destina ao exame de fatos e provas ou, ainda, à substituição do juízo competente originário. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC n. 152.538/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/4/2024, DJe de 16/4/2024.)* (grifo nosso).

19.6 Exceção de ilegitimidade de parte

No âmbito da teoria geral do processo e diante das diversas teorias da ação há um determinado consenso quantos aos elementos necessários para se ter uma ação válida, quais sejam: legitimidade das partes; interesse processual, a possibilidade jurídica do pedido e condições de procedibilidade.

A exceção de ilegitimidade pode ser levantada para questionar tanto a ilegitimidade *ad causam* quanto *ad processum*. A primeira, é a ilegitimidade para a causa, diz respeito à titularidade do direito de ação, por exemplo, ação penal pública interposta por um particular, fora das hipóteses de ação penal privada subsidiária da pública. Possui natureza peremptória e uma vez reconhecida ensejará a nulidade desde o início da ação penal.

Já a segunda, ilegitimidade *ad processum,* diz respeito à capacidade do exercício do direito de ação. Tem natureza dilatória, pois uma vez sanado o vício, o processo tem seu normal prosseguimento. É o caso de a vítima ingressar com a queixa-crime sem a representação de um advogado ou defensor público, por exemplo.

Assim, ao receber a peça acusatória (denúncia ou queixa-crime), o juiz deve verificar se estão presentes os pressupostos processuais,

compreendendo a legitimidade *ad processum* e das condições da ação, como é o caso da legitimidade *ad causam*. A ausência de qualquer um desses requisitos pode resultar na rejeição da acusação, conforme o art. 395, II, do CPP ou o juiz pode conceder prazo a fim de que a parte corrija o vício. No entanto, se a peça inicial acusatória não for rejeitada, a parte contrária pode opor a exceção de ilegitimidade, de acordo com o art. 95, IV e 110 do CPP.

De fato, o art. 110 do CPP estabelece que as exceções de ilegitimidade, litispendência e coisa julgada devem observar as disposições aplicáveis à exceção de incompetência. Nesse sentido, se mais de uma exceção for oposta, pode ser oposta em uma única petição ou em articulado.

Tanto a ilegitimidade *ad causam* quanto a *ad processum* são consideradas matérias de ordem pública e podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. Uma vez reconhecida a ilegitimidade *ad causam*, o processo será nulo devido à ausência de pertinência subjetiva, de acordo com art. 564, II do CPP. Já a ilegitimidade *ad processum* permite o saneamento dos atos praticados, desde que ratificados, conforme dicção do art. 568 do CPP: "A nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais".

O caso da ementa transcrita a seguir é exemplificativo. Trata-se de um habeas corpus impetrado contra a expulsão de um estrangeiro, a portaria que determinou a expulsão foi assinada pela Coordenadora de Processos Migratórios, não pelo Ministro da Justiça. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou-se incompetente para julgar o caso, pois a autoridade apontada como coatora não está prevista no artigo 105, inciso I, alínea c, da Constituição Federal. A ação foi extinta sem julgamento de mérito por ilegitimidade passiva e incompetência do STJ. Veja:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. EXPULSÃO. PORTARIA EDITADA PELA COORDENADORA DE PROCESSOS MIGRATÓRIOS. ATO IMPUGNATO. AUTORIDADE COATORA. MINISTRO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. INCOMPETÊNCIA DO STJ. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

I - Trata-se de habeas corpus impetrado contra ato consubstanciado na Portaria n. 3.735, de 25/8/2021 que determinou a expulsão do país do paciente, de naturalidade boliviana, apontando como coator o Ministro da Justiça e Segurança Pública.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que esta Corte Superior é incompetente para a análise do habeas corpus, uma vez que a autoridade que assina o ato apontado como ilegal não consta do rol taxativo previsto art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição Federal.

III - Conforme bem delineado pelo parecer ministerial, in verbis: " (...) 9. Neste contexto, constata-se que a Portaria nº 3.735/2021, impugnada no presente writ, foi editada pela Coordenadora de Processos Migratórios (fl. 14). Em consequência, não é caso de competência dessa Corte Superior de Justiça para análise e julgamento da presente ação constitucional, eis que para sua configuração é necessária a presença de atribuição do Ministro da Justiça e Segurança Pública para a prática do ato administrativo questionado (item 7, retro). Dessa forma, patenteada a ilegitimidade passiva ad causam, a implicar a extinção do feito, sem julgamento de mérito, por absoluta incompetência do STJ para processar e julgar o writ de que se cuida. [...]" IV - No mesmo sentido, os seguintes precedentes: AgInt no HC n. 490.788/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 2/10/2020, HC n. 727.700/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 14/3/2022, HC n. 516.110/PA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 2/8/2019, dentre outros.

V - Agravo interno improvido. (AgInt no HC n. 767.857/DF, relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023.)

Por fim, o recurso em face de decisão que acolhe a exceção de ilegitimidade de parte é o recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, III, do CPP. No entanto, se a exceção for rejeitada, a decisão é irrecorrível e deve ser impugnada por ações impugnativas (habeas corpus ou mandado de segurança) ou ser arguido em preliminar de apelação futura.

19.7 Exceção de coisa julgada

Leciona Mougenot que o termo "coisa julgada" provem do latim *res judicata*, que etimologicamente refere-se à realidade, às próprias coisas, referindo-se principalmente ao patrimônio do cidadão. Assim, inicialmente associada ao patrimônio, o termo evoluiu para significar a segurança jurídica das posses e direitos, indicando a

resolução definitiva de uma questão jurídica (coisa julgada). Portanto, coisa julgada é uma característica da decisão judicial definitiva que assegura a paz social ao prevenir vinganças privadas e garantir a tutela do direito. "Eis, portanto, no respeito à segurança jurídica, onde reside uma das funções da autoridade da coisa julgada".[896]

Tanto é importante que a coisa julgada recebe proteção constitucional por meio do art. 5º, XXXVI que dispõe: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Assim, a exceção de coisa julgada "é a defesa indireta contra o processo, visando a sua extinção, tendo em vista que idêntica causa já foi definitivamente julgada em outro foro", trata-se, portanto de exceção peremptória. De fato, "ninguém pode ser punido ou processado duas vezes pelo mesmo fato, razão pela qual, havendo nova ação, tendo por base idêntica imputação de anterior", já sentenciada e transitado em julgado, "cabe a arguição de exceção de coisa julgada".[897]

Prevista no art. 95, V do CPP e com procedimento igual, no que for aplicável, ao disposto sobre a exceção de incompetência do juízo, art. 110 do CPP.

Assim, existindo sentença ou acórdão transitado em julgado, se tornando coisa julgada, ou seja, a matéria julgada, imutável e indiscutível, após esgotados os recursos, ou havendo a perempção recursal.

Há, no entanto, a necessidade de explicar que a coisa julgada se diferencia da preclusão porque esta última refere-se à imutabilidade de questões secundárias do processo, enquanto a coisa julgada trata

da matéria principal, encerrando o feito. A coisa julgada pode ser material ou formal, conforme explicação a seguir[898].

Assim, a coisa julgada material impede que a mesma questão fática, ou seja, a mesma causa de pedir, seja reaberta, rediscutida em novos processos, respeitando o princípio *ne bis in idem*, ou seja, enquanto a coisa julgada formal se limita ao processo em que foi proferida, podendo, destarte, existir novo processo que discuta os mesmos fatos novamente.

Verificada a coincidência dos elementos identificadores (pedido, partes e causa de pedir) da ação proposta com os daquela em que já houve decisão com trânsito em julgado, torna-se possível a declaração da existência de coisa julgada, de ofício, pelo juiz, determinando-se a extinção do feito ou a rejeição da queixa ou denúncia, se não recebidas.

Portanto, a coisa julgada material ocasiona a imutabilidade dos efeitos produzidos pela decisão judicial, e tais efeitos são "lançados fora do processo"[899], o que torna impossível que tal fato seja reanalisado tanto no mesmo processo, quanto em novo. No entanto, importante lembrar que em alguns casos específicos e somente em favor do réu é possível afastar a coisa julgada utilizando-se a revisão criminal (art. 621 do CPP) ou o habeas corpus, em casos de flagrante ilegalidade.

> *Cuida-se da coisa julgada material, quando o mérito da causa foi decidido, reconhecendo ou afastando a pretensão punitiva do Estado, não havendo mais a possibilidade de interposição de qualquer recurso, razão pela qual se torna imutável. Exemplificando: se o réu é absolvido da prática de um estelionato, transitada esta decisão em julgado, pelo mesmo fato não pode ser novamente processado.*[900]

Enquanto a coisa julgada material produz efeitos exteriores ao processo, a coisa julgada formal produz efeitos interiores ao processo em que a decisão foi proferida.

> *[...] a coisa julgada formal é somente a imutabilidade da decisão final de um processo, em virtude da preclusão das vias de impugnação, embora se possa ajuizar outra ação, conforme previsão legal. Ex.: se o réu é impronunciado pela prática de um homicídio, havendo novas provas, pode ser novamente processado, ajuizando-se ação distinta contra ele. Note-se que a parte da decisão a se tornar imutável é o dispositivo da sentença, isto é, o comando emanado do Estado-juiz, julgando procedente ou improcedente a denúncia ou a queixa, mas não a sua fundamentação, que envolve unicamente o raciocínio utilizado pelo magistrado*[901].

De tal modo, a coisa julgada material decorre de decisões de mérito, enquanto a coisa julgada formal resulta de decisões terminativas que encerram o processo sem julgamento do mérito.

O STF editou a Súmula Vinculante n. 35, por meio da qual esclarece que a homologação da transação penal, nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/1995, não gera coisa julgada material. Se suas cláusulas forem descumpridas, o Ministério Público pode dar início à ação penal, oferecendo denúncia ou requisitando inquérito policial. Veja:

> *Súmula Vinculante 35: A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.*

Importante mencionar que a coisa julgada difere da litispendência, estudada anteriormente, pelo fato de que, no caso da coisa julgada, existe um segundo processo sobre um fato que já foi analisado e decidido, com sentença transitada em julgado anteriormente.

Na litispendência há um processo em andamento (uma lide pendente), impedindo o início de outro processo referente ao mesmo fato, razão pela qual existindo novo processo sobre a mesma causa de pedir, deverá ser extinto pela litispendência, seguindo o primeiro processo.

Destarte, distinção entre coisa julgada e litispendência está no fato de que a primeira impede novas ações sobre o mesmo fato já decidido, enquanto a segunda trata de ações idênticas ainda pendentes.

A finalidade da coisa julgada é garantir a segurança jurídica, evitando discussões intermináveis e sentenças contraditórias. Por tal razão, a exceção de coisa julgada serve para impedir a repetição de processos idênticos, mantendo a eficácia da decisão anterior, e não se aplica a coisa julgada formal – eis que pode haver novo processo.

Para que duas demandas penais sejam consideradas idênticas, ambas devem versar sobre os mesmos fatos e serem imputadas ao mesmo réu. A exceção de coisa julgada pode ser alegada a qualquer tempo, por ser matéria de ordem pública, e o juiz pode reconhecê-la de ofício. Em casos de crime habitual, a coisa julgada impede nova ação penal referente a fatos já julgados, mas não impede ações sobre condutas posteriores ao trânsito em julgado.[902]

O Informativo n. 642 do STJ, assim dispõe: "Processo Penal – Resumo: Diante do duplo julgamento do mesmo fato, deve prevalecer a sentença que transitou em julgado em primeiro lugar", seque ementa da decisão que embasou tal entendimento:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DUPLICIDADE DE AÇÕES PENAIS PELO MESMO FATO. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. PREVALÊNCIA DO PRIMEIRO DECISUM IMUTÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No caso, foram distribuídas duas ações penais contra os recorrentes, ambas na Comarca de Santarém - PA, para a apuração dos mesmos fatos - prática de conjunção carnal com a vítima, menor de 14 anos à época dos fatos. 2. A primeira ação penal foi distribuída ao Juízo da Vara do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e a sentença foi proferida em 21/11/2013 para condenar os réus como incursos no art. 217-A do Código Penal. A condenação transitou em julgado em 18/12/2014. 3. A segunda persecução criminal foi distribuída ao Juízo da 2ª Vara Criminal. Em 22/5/2015, foi proferida sentença absolutória, que transitou em julgado em 29/10/2015. 4. No que atine ao conflito de coisas julgadas, a Terceira Seção desta Corte Superior afirmou que "a primeira decisão é a que deve preponderar" (AgRg nos EmbExeMS n. 3.901/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti, DJe 21/11/2018). Ainda que a análise haja sido realizada no âmbito do processo civil, os apontamentos feitos podem*

ser aplicados, também, ao processo penal. 5. A solução é consentânea com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada em mais de uma oportunidade. Nesse sentido: HC n. 101.131/DF (Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, 1ª T., DJe 10/2/2012); HC n. 77.909/DF (Rel. Ministro Moreira Alves, 1ª T., DJ 12/3/1999); HC n. 69.615/SP (Rel. Ministro Carlos Velloso, 2ª T., DJ 19/2/1993). 6. A prevalência da primeira decisão imutável é reforçada pela quebra do dever de lealdade processual por parte da defesa. A leitura da segunda sentença - proferida após o trânsito em julgado da condenação - permite concluir que a duplicidade não foi mencionada sequer nas alegações finais. 7. Ainda, a hipótese em exame guarda outra peculiaridade, a justificar a manutenção do primeiro decisum proferido: a absolvição dos réus, na segunda sentença, contraria jurisprudência - consolidada à época - do Superior Tribunal de Justiça. 8. Ainda que o julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI pela Terceira Seção do STJ seja posterior à prolação da sentença mencionada (26/8/2015), o entendimento já estava uniformizado na jurisprudência e, em abril de 2014, a matéria foi pacificada por força do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.152.864/SC (Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª S., DJe 1/4/2014). 9. Recurso não provido. (RHC n. 69.586/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe de 4/2/2019.)

No caso acima ementando, embora tenha ocorrido a absolvição dos réus na segunda sentença, houve voto divergente no sentido de manter a decisão mais favorável ao réu, todavia, o STJ manifestou-se pela necessidade de manter a primeira decisão imutável.

No entanto, a referida orientação jurisprudencial é passível de crítica, visto que decisão do STJ não considera os efeitos das duas sentenças, apenas a cronologia. A segunda sentença, absolvendo os réus, pode ter considerado elementos fáticos ou jurídicos ignorados pela primeira.

De fato, priorizar a cronologia sobre a qualidade das decisões acarreta a resultados injustos, especialmente em razão de que o dever de cuidado processual não se aplica somente às partes processuais, mas também ao juiz que tem poder de declarar a litispendência ou a coisa julgada de ofício, eis que são matérias de ordem pública. Nesta linha de raciocínio, tendo em vista a natureza do processo penal, o mais acertado é manter a decisão mais favorável ao réu.

Por fim, cumpre explicar que o procedimento de exceção de coisa julgada segue as regras da exceção de incompetência do juízo, mas pode ser alegada a qualquer tempo, por ser matéria de ordem pública.

O juiz pode reconhecer a coisa julgada de ofício, permitindo à parte que não concordar apelar com base no art. 593, II, do CPP. Se o juiz julgar procedente a exceção oposta pelas partes, é cabível recurso em sentido estrito com fulcro no art. 581, III. No entanto, é incabível recurso da decisão que rejeita a exceção, mas o réu pode impetrar habeas corpus para impugná-la ou manejar mandado de segurança, a depender da situação concreta. A coisa julgada também pode ser alegada em preliminar de apelação.

19.8 Incompatibilidades e impedimentos

As incompatibilidades e impedimentos estão previstas no art. 112 do CPP, a seguir transcrito:

> *Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

O impedimento do juiz e do promotor é causa de impossibilidade de atuação decorrente de lei. Com efeito, a lei especifica com nitidez os casos em que o magistrado e o membro do MP estão impossibilitados de atuar, independentemente de sua intenção no processo ou de sua relação com as partes.

Hélio Tornaghi esclarece que a suspeição decorre da incompatibilidade:

> *Juiz impedido é o que tem relação com o objeto da causa; juiz suspeito é o que por ter relação (de amizade, inimizade, dependência) com qualquer das partes não oferece garantia de isenção psicológica, ainda que moralmente inatacável. Não é necessariamente da honradez do juiz que se desconfia, mas de sua condição psicológica. O impedimento priva o juiz do exercício da jurisdição (Cód. Proc. Penal,*

art. 252). A incompatibilidade, tornando-o suspeito, enseja abstenção ou a recusa (Cód. Proc. Penal, art. 254).[903]

As hipóteses de impedimento estão previstas no art. 252 do CPP e 258 do CPP. Assim, as causas de impedimento, do mesmo modo, resultam do dever de imparcialidade do juiz, mas se referem objetivamente à sua conexão com o processo.

O CPC em seu art. 144 elenca as causas de impedimento do juiz, que a depender da situação fática é passível de aplicação ao processo penal.

Conforme já mencionado anteriormente, as causas de impedimento – assim como as de suspeição – também se aplicam aos membros do Ministério Público; aos auxiliares da justiça; e demais sujeitos imparciais, a exemplo dos jurados.

Destarte, os membros do Ministério Público não podem atuar em processos nos quais o juiz ou qualquer das partes sejam seus cônjuges, parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. Nesses casos, aplicam-se a eles as mesmas regras de suspeição e impedimento que se aplicam aos juízes.

A diferença "entre os impedimentos e as incompatibilidades é meramente terminológica, sendo destituída de relevância prática". De fato, o"impedimento decorre de fatores objetivos que colocam em risco a imparcialidade do juiz porque ele, ou pessoas a ele ligadas, já exerceram ou estão exercendo outras funções no mesmo processo", ou possuem interesse no processo (CPP, art. 252). No que diz respeito à incompatibilidade, esta "decorre do parentesco entre juízes que poderiam atuar em órgão colegiado, num mesmo processo (CPP, art. 253) e, em relação ao júri, no mesmo conselho de sentença (CPP, art. 448)".[904]

Sobre o tema interessante citar a Súmula do STJ n. 234, segundo a qual: “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Diante de uma situação de incompatibilidade ou impedimento, o juiz, o membro do Ministério Público, o serventuário ou funcionário da justiça, bem como o perito ou intérprete, devem abster-se de participar do processo, registrando nos autos as razões para tal.

No entanto, em caso de inexistir a abstenção, a parte interessada poderá alegar a incompatibilidade ou impedimento, seguindo-se o procedimento estabelecido para a exceção de suspeição.

19.9 Conflito de jurisdição

Conforme já estudado anteriormente, a jurisdição e a competência são conceitos essenciais no direito, relacionados à maneira como o Estado aplica e interpreta as leis para resolver conflitos.

Historicamente, disputas eram resolvidas por autotutela, mas isso mudou com o Estado assumindo o monopólio da aplicação do direito. A jurisdição evoluiu para ser entendida como o poder, função e atividade estatal de aplicar o direito, sendo um direito fundamental garantido constitucionalmente.

Nesse sentido, importante relembrar que todos os juízes possuem jurisdição, que é única e indivisível, embora existam diversos órgãos jurisdicionais para melhorar a eficiência e qualidade da justiça. Assim, a competência, por sua vez, é a adequação entre o processo e o órgão jurisdicional, garantindo previsibilidade, o princípio do juiz natural e o devido processo legal, evitando situações autoritárias e incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, a exemplo do juízo de exceção.

No entanto, essa medida e distribuição da jurisdição, que é competência, nem sempre, o caso concreto, é clara e inequívoca, de maneira que dois juízos podem declara-se competente para o julgar o processo (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo).

Assim, dispõe os arts. 113 e 114 do CPP:

> *Art. 113. As questões atinentes à competência resolver-se-ão não só pela exceção própria, como também pelo conflito positivo ou negativo de jurisdição.*
> *Art. 114. Haverá conflito de jurisdição:*
> *I - quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso;*
> *II - quando entre elas surgir controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos.*

Portanto, a competência define os limites da jurisdição que cada juízo (magistrado, órgão colegiado ou tribunal pleno) possui ao assumir seu cargo, decorrente da lei. Ocorre um conflito de competência quando dois ou mais juízos consideram-se aptos para julgar a mesma causa, ou quando nenhum juízo assume a responsabilidade pelo caso.

Nucci critica o fato de que o Código de Processo Penal utiliza o termo "conflito de jurisdição", o que é tido como inadequado, pois jurisdição é inerente a qualquer magistrado ou tribunal. Na verdade, o que se debate é a medida do exercício jurisdicional, que é determinada pela competência[905], o termo mais adequado, portanto, seria "conflito de competência".

Tourinho Filho Sendo elucida que jurisdição é conceituada como a "atividade constante, por meio do qual o Estado, pelos seus órgãos específicos, provê à tutela do direito subjetivo, aplicando o direito objetivo a uma situação litigiosa concreta"[906]. O citado autor explica que o termo "conflito de jurisdição" se refere a disputas entre juízes de diferentes órgãos, como entre um juiz federal e um estadual, enquanto "conflito de competência" se aplicaria a disputas entre

juízes do mesmo órgão, como entre juízes estaduais de uma mesma comarca[907].

Entende-se que o termo mais adequadamente correto, inobstante as posições doutrinárias, é "conflito de competência", que ocorre independente das jurisdições – federal e estadual, por exemplo. Isso ocorre já que todos os juízes detêm o poder jurisdicional, e a competência é a medida de jurisdição atribuída a cada. A Constituição Federal utiliza apenas o termo "conflito de competência" (arts. 102, 105 e 108 da CF/88), veja: art. 102, I, *o, in verbis,* "o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal".

O procedimento do conflito de competência está regulado nos arts. 113 a 117 do CPP.

19.9.1 Tipos de Conflito de Competência

Conforme já mencionado e de acordo com a dicção do art. 113 e 114 do CPP, o conflito de competência envolve uma disputa entre juízos, a qual pode ser positiva ou negativa.

O art. 114 delimita os tipos de conflito, veja:

> *Art. 114. Haverá conflito de jurisdição:*
> *I - quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso;*
> *II - quando entre elas surgir controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos.*

Da leitura do artigo é possível observar dois tipos de conflito, a saber: a) positivo; b) negativo; c) controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos.

a) Conflito positivo de competência: leitura intuitiva do inciso I do art. 114 do CPP demonstra que embate ocorre no

caso em que dois juízes entendem ser competentes para julgar a mesma causa.

De acordo com a divisão de competências estabelecida pela Constituição Federal e normas infraconstitucionais, é incabível que dois ou mais juízes possam ser igualmente competentes para o mesmo processo em juízo singular. Quando há disputa é necessário resolver o conflito para determinar quem é o juiz natural para o caso.

Exemplo de tal conflito é extraído do HC n. 14309/STF, no qual, João, um policial militar acusado de roubo de veículos, foi denunciado tanto na Justiça Militar, pela prática de crimes previstos no Código Penal Militar, quanto na Justiça Penal Comum, pela prática de crimes previstos no Código Penal. Ambos os juízos alegaram ser competentes para julgar os mesmos fatos: a Justiça Militar, por se tratar de um crime envolvendo um militar no exercício de suas funções; e a Justiça Penal Comum, por envolver crimes comuns como roubo e formação de quadrilha. Diante da situação, foi necessário suscitar um conflito de competência para que o STJ decidisse qual jurisdição deveria prosseguir com o julgamento de João. No caso especifico, impetrado HC ao STF, foi confirmada a decisão proferida pelo STJ:

> *[...] II – Acertada a decisão que resolveu o **conflito positivo de competência** em favor da Justiça Penal Militar, uma vez que se trata de crime praticado em local sujeito à administração militar, por militar atuando em razão de sua função, contra a ordem administrativa militar, na forma prevista no art. 9º, II, e, do Código Penal Militar, e por força do art. 124 da Constituição Federal, conforme apontou a decisão ora questionada. (HC 114309, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09-04-2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013)*

Exemplo de conflito de competência entre jurisdições distintas: o juiz da 1ª Vara Criminal de Formosa-GO considera que a competência é do juiz de Barra do Garça-MT, que igualmente se

declara incompetente. Por outro lado, um conflito de competência entre juízes da mesma jurisdição ocorre quando o juiz de Formosa-GO remete o processo ao juiz da comarca de Rio Verde-GO, que também se declara incompetente, neste caso, ambos os juízes têm como órgão revisor o TJ/GO. No primeiro exemplo, quem decidirá o conflito será o STJ, eis que é o órgão superior às duas jurisdições em conflito, o mesmo aplica-se em caso de conflito entre juiz federal e juiz estadual.

Sobre o tema, interessante julgado proferido pelo STJ. Veja:

> *CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. CONFLITANTES: JUÍZO DE DIREITO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS E JUÍZO FEDERAL. CRIME COMETIDO EM CAUSA QUE TRAMITAVA NA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. DISTINGUISHING QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DA PREMISSA QUE IMPORTOU NA EDIÇÃO DA SÚMULA N.º 165 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. FEITO QUE NÃO PODE SER PROCESSADO E JULGADO PELA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.*
>
> *1. Ao desenhar a partição de competências do Poder Judiciário da União, a Constituição da República dividiu-o em cinco ramos: 1) Justiça Comum Federal; 2) Justiça Eleitoral; 3) Justiça do Trabalho; 4) Justiça Militar; e 5) Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2. É certo que a Terceira Seção do Superior Tribuna de Justiça, ao editar a Súmula n.º 165 (segundo a qual "[Compete à justiça federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista" - sem grifos no original), fundou-se em precedentes nos quais se afirmou que "o crime de falso testemunho em depoimento prestado perante juiz do trabalho atenta contra a administração da justiça especializada da união" (CC 14.508/SP, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 07/12/1995, DJ 11/03/1996; sem grifos no original). 3. Embora tanto a Justiça do Trabalho quanto a do Distrito Federal e dos Territórios constituam o Poder Judiciário da União, há premissas diversas que impedem o reconhecimento da Justiça Comum Federal para julgar o crime de falso testemunho cometido em processo que tramitava no TJDFT. 4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.684, ocorrido em 11/05/2020, concluiu, em definitivo, faltar à Justiça do Trabalho jurisdição penal (Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe 29/05/2020). 5. A situação relativamente à Justiça Eleitoral também é diversa. É certo que, em 1992, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão no qual firmou a competência da Justiça Federal para julgar crime de falso testemunho praticado contra a administração daquela Justiça Especializada (CC 2.437/SP, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, julgado em 19/03/1992, DJ 06/04/1992). A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, então, passou a reiterar esse entendimento (CC 106.970/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009; CC 126.729/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO*

BELLIZZE, julgado em 24/04/2013, DJe 30/04/2013. v.g.). Pela lógica da Jurisprudência do STJ, portanto, no caso de depoimento falso constatado em causa no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, é da Justiça Federal a competência para processar e julgar tal delito. 6. Essa orientação da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça foi ressaltada em decisões monocráticas do Tribunal Superior Eleitoral (AI n. 411095/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 31/08/2012; REspE n. 267560/RS; Rel. Min. TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, DJe 22/05/2012; AI n. 26717/MG, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, DJe de 19/04/2010, v.g.). É necessário consignar, todavia, que em julgado colegiado, o TSE não apontou ilegalidade em hipótese na qual o crime de falso testemunho cometido em processo judicial eleitoral foi apurado em inquérito instaurado por requisição de Juízo Eleitoral (REspE n. 166034, Rel. Ministro HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 14/05/2015, v.g.). 7. No âmbito da Justiça Militar ocorre igual dificuldade, pois o Superior Tribunal Militar também reconhece a atribuição da Justiça Castrense para o crime de falso testemunho (art. 346 do Código Penal Militar) cometido em processos de sua jurisdição (Apelação n. 7000825-65.2019.7.00.0000, Rel. para o Acórdão: Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, DJ 07/08/2020; Revisão Criminal n. 7000931-61.2018.7.00.0000, Rel. Ministro FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, DJ 04/10/2019, v.g.). 8. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao contrário da Justiça Trabalhista, detém atribuições criminais (como também as Justiças Eleitoral e a Militar). Todavia, diferentemente de todos outros braços do Poder Judiciário da União, o TJDFT possui natureza híbrida, pois sua competência jurisdicional corresponde à dos Tribunais estaduais (ou seja, não se trata de Justiça especializada). Por isso, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgados nos quais consignou que outros crimes (diversos do falso testemunho) cometidos contra o MPDFT ou o TJDFT não são processados e julgados na Justiça Comum Federal. 9. Em conclusão, não cabe a aplicação do entendimento que resultou na edição da Súmula n.º 165/STJ ao TJDFT em razão da índole sui generis da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, distinta por guardar competência criminal e por sua atribuição jurisdicional equivalente à dos Tribunais estaduais impedir o reconhecimento de interesse direto da União na causa. 10. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal e Tribunal do Júri do Recanto das Emas/DF, ora Suscitado. (CC n. 166.732/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14/10/2020, DJe de 21/10/2020.)

O artigo 113 do CPP dispõe que questões de competência serão resolvidas pela exceção própria (exceção de incompetência) ou pelo conflito positivo ou negativo de jurisdição (conflito de competência). O conflito surge quando dois ou mais juízes se consideram competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para o mesmo caso. O artigo 114 do CPP, conforme visto anteriormente, define essas situações.

Nesse sentido, os pressupostos do conflito são: a) a existência de um processo ajuizado e; b) o dissenso entre magistrados sobre a

competência para o julgamento do caso. Assim, o objeto do conflito é determinar qual o órgão jurisdicional competente para o processo e julgamento do caso concreto.

A legitimidade para suscitar o conflito, conforme disposição do artigo 115 do CPP, inclui a parte interessada, órgãos do Ministério Público e os juízes ou tribunais envolvidos, de ofício, inclusive. A decisão do conflito cabe aos tribunais competentes, conforme disposto na Constituição Federal e normas correlatas.

> *Art. 115. O conflito poderá ser suscitado:*
> *I - pela parte interessada;*
> *II - pelos órgãos do Ministério Público junto a qualquer dos juízos em dissídio;*
> *III - por qualquer dos juízes ou tribunais em causa.*

A competência do STF é para processar e julgar conflitos de competência entre o STJ e demais tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre tribunais e juízes não vinculados a eles, segundo disposto no art. 102, I, q, da CF/88. O STJ processa e julga conflitos entre quaisquer tribunais, exceto nos casos de competência do STF, e entre tribunais e juízes vinculados a tribunais diversos, consoante art. 105, I, d, da CF/88. Tribunais Regionais Federais, competem processar e julgar, "os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal", nos termos do art. 108, I, e, da CF/88.

Os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) possuem competências delineadas pela Constituição Federal e pelo Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65). No que diz respeito aos conflitos de competência, os TREs têm a competência de resolver conflitos que ocorram dentro da sua respectiva região. Isso inclui conflitos entre juízes eleitorais de diferentes zonas eleitorais dentro do mesmo estado.

O artigo 35 do Código Eleitoral estabelece que compete aos juízes eleitorais "processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos". Tal artigo, combinado com o artigo 78 do Código

de Processo Penal, que disciplina a prevalência da jurisdição especial (no caso, a Justiça Eleitoral), sobre a comum, fornece a base para que os TREs resolvam conflitos internos de competência.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de acordo com a Constituição Federal, artigo 121, é o órgão máximo da Justiça Eleitoral e tem a competência para resolver conflitos de competência que envolvam TREs de diferentes regiões, bem como conflitos entre um TRE e outros órgãos da Justiça Eleitoral.

O artigo 121 da Constituição Federal estabelece que uma Lei Complementar disporá sobre a competência dos tribunais, juízes e juntas eleitorais. Enquanto essa Lei Complementar não é editada, o Código Eleitoral continua a ser utilizado como norma principal para disciplinar tais questões.

Importa explicar que quando há conflitos de competência entre diferentes órgãos judiciais, como entre a Justiça Eleitoral e a Justiça Federal, a legislação processual penal (Código de Processo Penal) e eleitoral determinam que prevalece a competência da Justiça Eleitoral para julgar os crimes eleitorais e os comuns conexos, conforme o artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Penal e o artigo 35, inciso II, do Código Eleitoral. Nesse sentido:

> *PENAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. INADMISSÃO. AÇÃO PENAL. OPERAÇÃO SINECURAS. FASE "VIDA FÁCIL". FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL. ART. 350 DO CE. CRIMES COMUNS CONEXOS. ART. 82 DO CPP. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 72/TSE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 24/TSE. ART. 129, I E VIII, DA CF/88 E ART. 257, I, DO CPP. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ART. 383 DO CPP. EMENDATIO LIBELLI. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.*
> *1. A análise da aplicação do art. 82 do CPP ao caso concreto não foi efetuada pela Corte de origem, que também não confirmou se há sentença definitiva prolatada, o que atrai os óbices das Súmulas nº 72/TSE e nº 24/TSE.*
> *2. Constatando-se elementos da prática de arrecadação paralela de campanha (caixa dois) e de omissão de valores na prestação de contas eleitoral, imbricados à execução de delitos comuns (art. 76 do CPP), é impositivo o processo e julgamento na Justiça Eleitoral de todos os crimes apurados na ação penal, tratando-se de regra de competência absoluta, portanto, improrrogável.*

3. Presentes indícios suficientes de materialidade e autoria de crime eleitoral conexo aos crimes comuns, desde o início da investigação até a instrução criminal, torna-se desnecessário instaurar nova investigação exclusivamente para apurar o crime eleitoral, que pode ser incluído na persecução a partir de aditamento da peça inicial, caso assim entenda o órgão acusador, sistemática que expressamente reserva ao dominus litis o juízo de oportunidade e conveniência quanto ao oferecimento da denúncia também pelo crime eleitoral, não havendo, portanto, que se falar em violação ao art. 129, I e VIII, da CF/88 e ao art. 257, I, do CPP.
4. O decote das evidências relacionadas ao delito eleitoral da denúncia, aliado à insuficiente comprovação de instrução da causa, com garantia do contraditório e da ampla defesa, inviabiliza a análise da tese de aplicação do art. 383 do CPP (emendatio libelli) ante a vedação ao revolvimento de fatos e provas. Incidência da Súmula nº 24/TSE.
5. Agravo em recurso especial desprovido. Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo em recurso especial, nos termos do voto do relator. (Tribunal Superior Eleitoral- Agravo Em Recurso Especial Eleitoral Nº 0600045-95.2020.6.16.0002 – Araucária – Paraná; Relator: Ministro Carlos Horbach).

No entanto, se houver um conflito hierárquico de normas, prevalece a norma constitucional. Exemplificando, um crime eleitoral está conexo a um crime de competência do Tribunal do Júri, a Constituição (artigo 5º, inciso XXXVIII) assegura a competência do Tribunal do Júri para julgar crimes dolosos contra a vida, prevalece, portanto, a competência do Tribunal do Júri.

No que diz respeito à justiça militar, dispõe o art. 124 da CF/88 que "à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei". O art. 122 da CF/88 elenca os órgãos da Justiça Militar: I - o Superior Tribunal Militar; II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

O Código de Processo Penal Militar (CPPM) regula o conflito de competência nos arts. 111 e seguintes. A suscitação do conflito deve ser realizada perante o Superior Tribunal Militar (STM) pelos auditores ou Conselhos de Justiça (CPPM, art. 114).

O Art. 120, CPPM introduz a figura da avocatória, onde o Superior Tribunal Militar (STM) restabelece sua competência quando invadida por um juiz inferior.

A Súmula 555 do STF dispõe que: "é competente o Tribunal de Justiça para julgar conflito de jurisdição entre Juiz de Direito do Estado e a Justiça Militar local". Veja interessante acordão sobre o tema:

> *Dessa maneira, no que concerne à Justiça Militar estadual, cumpre distinguir: se houver ou não Tribunal Militar, órgão de segundo grau. Se existente, o auditor militar estadual está subordinado à Corte especializada, o que sucede nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. Se não houver Tribunal Militar, então, sim, o órgão de apelação das decisões da Justiça Militar de primeiro grau será o Tribunal de Justiça do Estado. Neste último caso, conflito de competência entre juiz de direito e auditor militar estadual ficará sujeito à decisão do Tribunal de Justiça do Estado. No primeiro caso, o conflito de competência enquadra-se no art. 105, I, letra d, sendo competente para processá-lo e julgá-lo o colendo Superior Tribunal de Justiça. [**RE 200.695**, rel. min. **Néri da Silveira**, 2ª T, j. 17-9-1996, DJ de 21-3-1997.]*

Também, a Súmula 297 do STF, a qual dispõe que:

> *Oficiais e praças das milícias dos Estados, no exercício de função policial civil, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra êles.*[908]

Acerca do conflito de competência envolvendo a justiça militar, importante os julgados do STJ a seguir transcritos:

> *RHC. Desacato a policial militar. Patrulhamento de trânsito. Função civil. Justiça militar. Incompetência. Nulidade do processo. Conforme jurisprudência desta corte e do colendo STF, não pode ser considerada como função de natureza militar, para a configuração de crime militar, nos termos do art. 9º, inciso III, 'd' e 299, ambos do CPM, atividade de policiamento e fiscalização de trânsito. Nulidade do processo a partir da denúncia, inclusive, ante a flagrante incompetência da justiça militar para julgar o feito. Remessa dos autos à justiça comum. Recurso provido. (STJ, RHC 11.376/SP, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 02.08.2001).*
>
> *Conflito positivo de competência. Justiça comum estadual e justiça militar. Lesão corporal, ameaça e desacato. Crimes cometidos por policial reformado contra policial militar no exercício de policiamento ostensivo. Função policial civil. Incidência da súmula n.º 297 do STF. Precedentes do STJ. Competência da justiça comum estadual. 1. A conduta delituosa foi realizada em face de um policial militar que estava desempenhando atividade de policiamento ostensivo, função tipicamente policial civil. Destarte, incide sobre a espécie a súmula n. º 297 do STF, in verbis: 'oficiais e praças das milícias dos estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles'. Precedentes do STJ. 2. Conflito conhecido para declarar competente o juízo comum estadual, o suscitado" (STJ, C.C 34.028/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 14.05.2003).*

Processo penal. Conflito positivo de competência. Justiça comum estadual e justiça militar. Briga conjugal. Tentativa de homicídio. Crime cometido por PM, fora de suas funções (folga), contra outro PM no exercício de atividade de manutenção da ordem. Atividade inerente a polícia civil. Súmula 297/STF. Competência da justiça comum estadual. 1. O fato de a vítima ser policial militar, em serviço, não atrai a competência da justiça castrense, porquanto que estava em atividade inerente à polícia civil estadual, ou seja, na manutenção da ordem pública, atendendo a chamado de agressão entre cônjuges, sendo um deles o autor dos disparos. incidência da súmula 297/STF. 2. Precedentes (STF, Pleno, HC 72.022/PR e STJ, 3ª Seção, C.C n. º 34.028/SP). 3. Conflito conhecido e provido para declarar competente o d. juízo de direito de Pedreira/SP, ora suscitado (STJ, C.C. 27.596/SP, 3ª seção, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 24.03.2004).

Relativamente aos Tribunais de Justiça dos Estados a competência para resolver os conflitos são atinentes aos juízes que estão sob sua jurisdição o regulamento aplicado é o regimento interno de cada tribunal.

O Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 117 do CPP, "mediante avocatória, restabelecerá a sua jurisdição, sempre que exercida por qualquer dos juízes ou tribunais inferiores", ou seja, o STF, por ser órgão hierarquicamente superior, não suscita conflito de competência, mas avoca os processos de sua competência.

O art. 116 descreve sobre o procedimento do conflito:

Art. 116. Os juízes e tribunais, sob a forma de representação, e a parte interessada, sob a de requerimento, darão parte escrita e circunstanciada do conflito, perante o tribunal competente, expondo os fundamentos e juntando os documentos comprobatórios.

§ 1º Quando negativo o conflito, os juízes e tribunais poderão suscitá-lo nos próprios autos do processo.

§ 2º Distribuído o feito, se o conflito for positivo, o relator poderá determinar imediatamente que se suspenda o andamento do processo.

§ 3º Expedida ou não a ordem de suspensão, o relator requisitará informações às autoridades em conflito, remetendo-lhes cópia do requerimento ou representação.

§ 4º As informações serão prestadas no prazo marcado pelo relator.

§ 5º Recebidas as informações, e depois de ouvido o procurador-geral, o conflito será decidido na primeira sessão, salvo se a instrução do feito depender de diligência.

§ 6º Proferida a decisão, as cópias necessárias serão remetidas, para a sua execução, às autoridades contra as quais tiver sido levantado o conflito ou que o houverem suscitado.

Assim, juízes, tribunais e partes interessadas devem formalizar o conflito por escrito, explicando os fundamentos e anexando documentos.

Os conflitos negativos podem ser levantados nos próprios autos do processo. No caso de conflitos positivos, o relator pode suspender o processo imediatamente (o processo em que se questiona a competência).

O relator requisitará informações das autoridades envolvidas, com cópias do requerimento. As informações devem ser prestadas no prazo determinado pelo relator. Após receber as informações e ouvir o procurador-geral, o conflito será decidido na primeira sessão, a menos que sejam necessárias diligências a fim de esclarecer determinado ponto.

Decidido o conflito, as cópias da decisão serão enviadas para execução às autoridades envolvidas, a fim de que o processo continue perante a autoridade competente. Decisões sobre conflitos de competência podem ser recorridas por meio de recursos especiais ou extraordinários, conforme as hipóteses de cabimento e requisitos legais.

19.10 Conflito de atribuições

No direito processual brasileiro, é fundamental distinguir entre conflitos de competência, estudado no tópico anterior, e conflitos de atribuições, pois cada um possui características e soluções específicas.

O conflito de competência, conforme já estudado, ocorre exclusivamente entre autoridades judiciárias dentro do âmbito do Poder Judiciário. Este tipo de conflito pode ser positivo, quando várias autoridades se consideram competentes para julgar um caso, ou negativo, quando todas se consideram incompetentes.

Por outro lado, o conflito de atribuições envolve divergências entre autoridades administrativas de diferentes órgãos, como o Poder Executivo e o Poder Legislativo, ou entre autoridades administrativas e judiciárias. Um exemplo típico de conflito de atribuições é a disputa entre membros do Ministério Público sobre quem possui a atribuição para atuar em determinada situação.

Ainda sobre a distinção entre conflito de competência e de atribuição, interessante e elucidativa a lição de Avena a seguir transcrita:

> *Questão importante refere-se ao momento em que deixa de existir conflito de atribuições para surgir conflito de competência ou de jurisdição, ou vice-versa. Imagine-se que um promotor de justiça de Guaratinguetá não ofereça denúncia em determinado inquérito policial, requerendo sua remessa ao promotor da comarca de Jacareí, sendo esta manifestação acolhida pelo juiz. Considere-se, neste mesmo caso, que o juiz a que foram encaminhados os autos, Jacareí, também acolhendo manifestação do Ministério Público que lá oficia, venha a entender não ser competente para o feito, compreendendo que tal deveria ocorrer junto ao foro a que inicialmente foi distribuído o procedimento investigatório, ou seja, Guaratinguetá. Nessa hipótese, houve:*
> *(a)Conflito negativo de jurisdição entre os juízes de Guaratinguetá e de Jacareí?*
> *(b)Conflito negativo de atribuições entre os promotores de Guaratinguetá e de Jacareí?*
> *(c)Conflito negativo de atribuições entre o promotor de Guaratinguetá e o juiz de Jacareí?*
> *Há, basicamente, três posições:*
> *1.ª) A hipótese é de conflito negativo de atribuições entre os promotores de Guaratinguetá e de Jacareí, visto que surgiu antes da instauração da relação processual penal: para os defensores dessa linha de pensamento, o simples fato de o juiz, no âmbito do inquérito policial, enviar os respectivos autos, a requerimento do Ministério Público, para outro órgão judicial não implica negar a sua competência, consubstanciando-se esse encaminhamento em um simples despacho de mero expediente. Tanto é que o art. 109 do CPP permite que o juiz declare sua incompetência "em qualquer fase do processo", não havendo referência ao inquérito policial. Destarte, quando realiza tal encaminhamento, procede o juiz a uma atividade meramente administrativa e sem nenhum caráter jurisdicional. Neste sentido, a decisão do Conflito de Jurisdição 163/RJ, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendendo-se que, "inexistindo denúncia, não tendo sido instaurada a ação penal, não há conflito de competência de juízes, mas conflito de atribuições do MP, que será decidido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça".*
> *2.ª) A hipótese caracteriza conflito negativo de competência entre os juízes de Guaratinguetá e de Jacareí, pois estes, ao acolherem as manifestações dos promotores que atuam nas respectivas varas, judicializaram as posições externadas nos pareceres do Ministério Público: entende-se que o momento em que é suscitado o conflito – antes*

ou depois da instauração da relação processual penal – mostra-se indiferente. Assim, quando dois agentes do Ministério Público promovem no sentido da incompetência do juízo para o processo e julgamento de um fato delituoso, deixando, em razão disso, de oferecer denúncia, o conflito não se estabelece entre eles, mas entre os juízes que acolherem suas promoções conflitantes. Trata-se, pois, de conflito de jurisdição, e não de conflito de atribuições, a ser dirimido no âmbito do Poder Judiciário. Neste sentido, em diversas oportunidades pronunciou-se o STF, acrescentando que, "se juízes de comarcas situadas em Estados-membros diversos, acolhendo manifestações dos respectivos membros do Ministério Público, decidem no sentido da incompetência dos seus Juízos, o que se configura é conflito de jurisdição, e não de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diferentes" (RTJ 166/401, Rel. Min. Maurício Corrêa).

3.ª) A hipótese poderá caracterizar tanto conflito de competência como conflito de atribuições, dependendo da situação caracterizada no caso concreto: para esta orientação, a qual perfilhamos, para que se possa definir se a hipótese caracteriza conflito de competência ou conflito de atribuições, será necessário considerar a natureza do pronunciamento do juiz diante da manifestação do promotor-recusante. Logo, se o magistrado ingressa no mérito da questão relativa à competência, compartilhando do pensamento ministerial, e encaminha o feito a outro juízo, caso lá haja discordância com esse entendimento, o conflito que surge é o de competência. Agora, se, diante da promoção do Ministério Público, limitar-se o magistrado a encaminhar os autos do inquérito a outro juízo, sem nenhum pronunciamento de caráter jurisdicional, limitando-se, por exemplo, a um simples "acolho o parecer do Ministério Público", o conflito que poderá se estabelecer na hipótese de não aceitação do inquérito pelo juízo ao qual foi encaminhado será o de atribuições. Portanto, em relação ao caso ilustrado:

•Suponha-se que o juiz de direito de Guaratinguetá, concordando com a arguição declinatória do Ministério Público, tenha reconhecido a incompetência daquele juízo e determinado, ato contínuo, a remessa dos autos à comarca de Jacareí. Nesta hipótese, caso o promotor de Jacareí entenda no sentido da competência do juízo de Guaratinguetá, em vez de suscitar conflito negativo de atribuições, deverá manifestar-se perante o juiz da vara a que fora distribuído o procedimento policial no sentido de que seja suscitado conflito de competência.

•Imagine-se, agora, que não tenha ocorrido pronunciamento explícito do juízo de Guaratinguetá sobre a incompetência desse foro, limitando-se a mero despacho de acolhimento do parecer do Ministério Público, ordenando, ato contínuo, a remessa do feito à comarca de Jacareí. Nesta situação a recusa do promotor de Jacareí exigirá que ele próprio suscite conflito negativo de atribuições em relação à manifestação do promotor de Guaratinguetá.

Essa última orientação tem sido adotada pelo STF, compreendendo esta Corte que, se o Poder Judiciário não foi provocado a definir a competência de nenhum de seus Órgãos, apenas atendendo a requerimento do Ministério Público para fazer chegar o feito a outro juízo sem exarar qualquer ato de conteúdo jurisdicional, tem-se configurado conflito de atribuições e não de competência (Pet. 3.631/SP, DJ 07.03.2008).[909]

Tecnicamente falando, promotores de justiça possuem atribuições, e não competências. Por isso, qualquer dissenso entre

eles configura um conflito de atribuições, e não de competência. A resolução desses conflitos varia de acordo com as autoridades envolvidas. No caso de autoridades administrativas, como delegados de polícia do mesmo estado, a solução pode ocorrer dentro do próprio Poder ou pelo Poder Judiciário, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.[910]

Quando o conflito de atribuições ocorre entre promotores de justiça, a resolução do conflito é de competência do Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público do estado em que ocorreu a disputa. Entretanto, se o conflito envolver promotores de justiça de estados diferentes (por ex. Goiás e Minas Gerais), ou entre um promotor de justiça (MP Estadual) e um procurador da República (MP Federal), já houve entendimento que a competência para julgar é do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de acordo com a interpretação extensiva do artigo 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) já proferiu decisões, em alguns casos, que a competência seria sua, fundamentando-se no artigo 102, inciso I, alínea f, da Constituição, pois envolve conflitos entre órgãos de estados-membros diversos.

No entanto, em 2016, o STF alterou entendimento anterior, decidindo que o Procurador-Geral da República deveria resolver conflitos de atribuições entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal. Esta mudança se baseou em uma revisão da jurisprudência, especificamente nos casos ACO 1.109/SP e PET 3.528/BA. Posteriormente, em 2020, o STF decidiu que cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) resolver conflitos de atribuições entre diferentes ramos do Ministério Público, como

visto nas decisões das PETs 4.891, 5.091 e 5.756. Atualmente, este é o entendimento prevalecente.

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DIRIMIR CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE MINISTÉRIOS PÚBLICOS DIVERSOS. NOVO POSICIONAMENTO PACIFICADO NO STF. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO. 1. Impossibilidade de utilização dos declaratórios para obtenção de novo julgamento de mérito. 2. O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos apresentados. Ausentes omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, não há razão para qualquer reparo. 3. A solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP, nos termos do artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal e no exercício do controle da atuação administrativa do Parquet, é a mais adequada, pois reforça o mandamento constitucional que lhe atribuiu o controle da legalidade das ações administrativas dos membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional. Precedentes: PET 5.578-AgR-ED-ED, Redator para o acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Plenário, DJe de 12/2/2021, PET 4.575-ED, Redator para o Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Plenário, DJe de 1º/3/2021; PET 5.756, Redator para o Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Plenário, DJe de 16/12/2020; PET 5.091, Redator para o Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Plenário, DJe de 6/8/2020; PET 4.902-ED, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 17/3/2021; e ACO 843-ED, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Plenário, DJe de 4/2/2021. 4. Embargos de Declaração rejeitados (STF/EMB .DECL. Na Petição 4.891 Distrito Federal Relator: Min. Alexandre De Moraes).*

Um exemplo prático de conflito de atribuições pode ser observado quando um promotor de justiça argumenta que um crime ambiental é de competência da União e solicita a remessa dos autos à Justiça Federal. Se houver discordância na Justiça Federal sobre essa questão, instaura-se um conflito de competência, pois envolve a decisão sobre a competência do juízo, e não meramente atribuições administrativas.

Em sua jurisprudência, o STF decidiu que quando juízes de diferentes estados acolhem manifestações dos respectivos membros do Ministério Público e decidem pela incompetência de seus juízos, o que se configura é um conflito de jurisdição, e não de atribuições entre órgãos do Ministério Público. Este entendimento reforça a

necessidade de distinguir claramente entre os dois tipos de conflitos e suas respectivas soluções. Veja:

> *PETIÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. DENÚNCIA. DIVERGÊNCIA DOS PROMOTORES PÚBLICOS. INOCORRÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO (art. 102, inciso I, alínea "f", da CF). HIPÓTESE DE CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES VINCULADOS A TRIBUNAIS DIVERSOS (CF, art. 105, inciso I, alínea "d"). 1. Divergência dos Promotores Públicos de Estados-membros diversos ao suscitarem, perante os respectivos Juízos, a incompetência para o oferecimento da denúncia: inexiste dispositivo legal que atribua ao Procurador-Geral da República o poder de dirimir conflito de atribuições entre Promotores de Estados diferentes; compete a cada um dos Juízes decidir acerca da questão suscitada. 2. Se Juízes de comarcas situadas em Estados-membros diversos, acolhendo manifestações dos respectivos membros do Ministério Público, decidem no sentido da incompetência dos seus Juízos, o que se configura é conflito de jurisdição e não de atribuições entre órgãos do Ministério Público de Estados diferentes. 3. Hipótese em que não remanesce dúvida quanto à inocorrência de conflito federativo (art. 102, inciso I, alínea "f", da CF). A competência para dirimir desavença é a prevista no art. 105, inciso I, alínea "d", da Carta Política. (Pet 623 QO, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 11-12-1995, DJ 27-09-1996 PP-36154 EMENT VOL-01843-01 PP-00096 RTJ VOL-00166-02 PP-00401)*

Conforme é possível compreender, é crucial decifrar as nuances entre conflitos de competência e conflitos de atribuições, para garantir a correta aplicação das normas processuais e a efetiva administração da justiça.

19.11 Restituição de coisas apreendidas

O procedimento de restituição de coisas apreendidas está previsto nos artigos 118 ao 124-A do CPP.

Dispõe o art. 118 do CPP: "Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo".

As coisas apreendidas, via de regra, ocorrem no curso das investigações, ou seja, do inquérito policial. Dispõe o art. 6º, II do CPP que: "Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais".

A apreensão de bens durante a investigação penal é uma medida processual de relevante importância, visando garantir a efetividade da investigação criminal e a futura aplicação da pena. Trata-se, portanto, de apreensão dos *instrumenta sceleris,* ou seja, instrumentos do crime, bem como, outros meios de prova. Assim, a autoridade policial lavra um auto de apreensão e as coisas apreendidas ficam sob custodia da polícia judiciária. As outras hipóteses de apreensão ocorrem quando do cumprimento de mandados de buscas pessoais e domiciliares. O art. 240 do CPP esclarece o escopo da busca, a qual é uma diligência realizada com o escopo de encontrar objetos ou pessoas de interesse para o processo penal ou para o inquérito. Veja:

> *Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.*
> *§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:*
> *a) prender criminosos;*
> *b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;*
> *c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;*
> *d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;*
> *e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;*
> *f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;*
> *g) apreender pessoas vítimas de crimes;*
> *h) colher qualquer elemento de convicção.*
> *§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.*

A legislação processual penal brasileira, especialmente o Código de Processo Penal (CPP), estabelece os critérios e as condições para a realização de tais apreensões, bem como para a posterior restituição dos bens.

A apreensão, como regra, ocorre em decorrência de busca e apreensão ou de outras medidas cautelares, e pode recair sobre uma

vasta gama de objetos, desde instrumentos do crime até documentos e bens de valor. O art. 240 do CPP enumera exemplificativamente, segundo entendimento da sexta turma do STJ, os objetos que podem ser apreendidos, demonstrando a amplitude da medida.

A restituição dos bens apreendidos, por sua vez, é um tema que suscita diversas controvérsias. A regra geral é a de que os bens apreendidos não podem ser restituídos enquanto não transitar em julgado a sentença penal, seja condenatória ou absolutória (art. 118 do CPP). Essa regra encontra seu fundamento na necessidade de garantir a efetividade da persecução penal e a eventual aplicação de medidas de natureza patrimonial, como o confisco.

Todavia, tal regra é mitigada por entendimento jurisprudencial em sentido opostos, segundo o qual trata-se de faculdade do magistrado a devolução das coisas apreendidas antes que ocorra o trânsito em julgado (TACrimSP, RT, 683/320; TACrimSP, RT, 829/578).

Apesar do art. 118 do CPP, a legislação processual penal prevê algumas exceções a essa regra, como a restituição de bens a terceiros de boa-fé e a restituição de bens em caso de extinção da punibilidade ou de arquivamento do inquérito policial (art. 119 do CPP). Além disso, a jurisprudência tem se mostrado cada vez mais flexível em relação à restituição antecipada de bens, especialmente quando há comprovado prejuízo ao proprietário.

O art. 119 impõe que “as coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé”. Os artigos mencionados no dispositivo citado, quais sejam arts. 74 e 100 do CP se referem à numeração antes da reforma da parte geral do CP, de maneira que atualmente o artigo correspondente é o 91 do CP.

Assim, se os objetos apreendidos forem os previstos no rol do art. 91, II, a, do CP, quais sejam: “instrumento do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, porte, uso ou detenção constitua fato ilícito”, ocorrendo trânsito em julgado de sentença condenatória, os bens passarão imediatamente para a União. Todavia, de forma excepcional o lesado ou terceiro de boa-fé poderão reclamá-las por meio do incidente de restituição de coisas apreendidas.

Importante mencionar que mesmo em casos de arquivamento do inquérito ou absolvição, bens ilícitos como drogas ou armas proibidas, uma vez apreendidos, serão confiscados pela União. A restituição destes objetos é impossível, independentemente de ausência de menção expressa na decisão judicial, haverá o confisco de tais objetos.

O art. 120 do CPP dispõe que: “A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante”. Este artigo apresenta uma norma relevante para a restituição de bens apreendidos durante o inquérito. Ele determina que a devolução da coisa apreendida só poderá ocorrer se existir certeza sobre a propriedade de quem a reclama, sem prejudicar o caminho das investigações. É possível citar os seguintes exemplos: uma motocicleta é furtada e, posteriormente, encontrada pela polícia, obviamente tal bem será apreendido, pois é objeto de crime. O proprietário, munido dos documentos do bem, solicita a restituição diretamente à autoridade policial, a qual, após realizar a perícia da coisa, restituirá o bem.

Relevante esclarecer que em caso de dúvidas sobre a propriedade ou se o objeto ainda for necessário para o esclarecimento do crime, a restituição poderá ser negada pela autoridade policial e o

reclamante do bem deverá ingressar com o incidente processual de restituição de coisas apreendidas, cabendo ao juiz decidir. Tal é a dicção dos parágrafos do art. 120, veja:

> *§ 1º Se duvidoso esse direito, o pedido de restituição autuar-se-á em apartado, assinando-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Em tal caso, só o juiz criminal poderá decidir o incidente.*
> *§ 2º O incidente autuar-se-á também em apartado e só a autoridade judicial o resolverá, se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro dois dias para arrazoar.*
> *§ 3º Sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público.*

O parágrafo 4º do supracitado artigo dispõe sobre o envio do incidente de restituição de coisa apreendida ao juízo cível, diante de divergência:"em caso de dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes para o juízo cível, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea". Neste caso, o magistrado do processo penal, diante da controvérsia que incidente sobre o direito de propriedade, decide não se imiscuir na disputa propriamente dita e remete as partes para a esfera cível.

Sobre o tema, veja jurisprudência do STJ:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO FORA DOS TRILHOS. RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. ART. 120, § 4.°, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REMESSA DO FEITO AO JUÍZO CÍVEL. FUNDADA DÚVIDA QUANTO À PROPRIEDADE DOS BENS CONSTRITOS. PERTINÊNCIA. PRECEDENTES. FRAGMENTARIEDADE E RAZOABILIDADE OBSERVADAS. REVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N.° 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. Conquanto não mais interesse à persecução criminal, a existência de dúvida acerca da propriedade dos bens objeto de constrição judicial não autoriza, na forma incidental, sua imediata restituição ao requerente, devendo tal celeuma ser discutida entre as partes interessadas perante o Juízo cível, conforme dicção do art. 120, § 4.º, conjugada à redação do art. 118, ambos do CPP. 2. Na espécie, o Tribunal ordinário, após percuciente reexame do delineamento fático e dos elementos de convicção carreados aos autos, concluiu remanescer fundada dúvida sobre a titularidade dos bens requeridos - não classificados no laudo exame pericial realizado pelo Núcleo de Criminalística da Polícia Federal como sucata -, mormente a teor das notas fiscais, que*

não permitiram inequívoca verificação, com descrição específica e pormenorizada que denote, de forma cabal, exata correspondência com o material apreendido, e da prova testemunhal, que declarou ter cortado vagões e locomotivas da extinta RFFSA e que todo este material tinha como consumidor final, além da Gerdau, empresas siderúrgicas nacionais, como a Dedini, a Arcelormital, a CSN e outras, delineamento apto a justificar a remessa dos autos ao Juízo cível. 3. Nesse contexto, a pretensão de desconstituição do julgado, por suposta contrariedade aos arts. 118 e 120, § 4.º, ambos do CPP, sob a alegação de inexistir qualquer dúvida acerca da propriedade das coisas apreendidas, e com status de sucata, não encontra guarida na via especial, visto que seria necessário a esta Corte o revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível, conforme inteligência do enunciado n.º 7 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.441.637/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 2/8/2019.)

Isto ocorre em razão de que o tema da propriedade, por sua complexidade e abrangência, assim com sua natureza de direito civil, é mais adequadamente resolvida no âmbito do processo civil, onde há ferramentas processuais mais específicos e úteis para a apreciação de direitos reais e a produção de provas. Assim, ao remeter a questão para o juízo cível, o juízo penal poupa erros judiciais que possa prejudicar um dos litigantes, assim como, garante que a lide seja apreciada por um órgão jurisdicional especializado na matéria, o que colabora para a imparcialidade e justiça da decisão.

O § 5º do artigo citado anteriormente, dispõe que: "tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade". De fato, "não seria cabível disputar-se a propriedade de algo que já não existe mais, justamente pela lentidão na decisão. Uma alternativa – aliás, a mesma que se adota quando a questão for complexa e remetida ao cível – é entregar" os bens em mãos do terceiro que as possuía, lavrando-se o respectivo termo.[911]

19.11.1 Coisas irrestituíveis

Conforme dicção do art. 91, do CP, elenca os efeitos genéricos da condenação:

> *Art. 91 - São efeitos da condenação*
> *I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*
> *II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé*
> *a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;*
> *b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.*

Já foi mencionado anteriormente que, ainda que ocorra absolvição ou arquivamento do inquérito policial, haverá o confisco do bem na hipótese do art. 91, II, a, do CP.

Assim como tudo o que for adquirido pelo réu com o lucro da prática criminosa deve ser alvo de sequestro e não de simples apreensão, bem como, no caso de provável indenização pelo dano causado pelo crime, haverá hipoteca legal ou arresto do bem.

Assim, os bens adquiridos com os proventos do tráfico de entorpecente ou de animais, por exemplo, ainda que sejam lícitos, como uma casa ou um carro, por ter sido auferido com o lucro de prática criminosa, terá a apreensão convertida em sequestro e em tais hipóteses, será incabível a restituição de coisa apreendida. Será aplicado "o disposto no art. 133, §§ 1.º e 2.º, do CPP, que é a venda pública do bem, entregando-se o montante arrecadado à União, no caso exemplificado, se não se tratar de coisa proibida". [912]

Quando é objeto ilícito, após servir de prova, destrói-se, como exemplo, drogas apreendidas (ver também art. 243 CF/88), a Lei n. 12.961/2014 alterou a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), a fim ilustrativo colaciona-se o art. 32 abaixo, sem se olvidar dos arts. 50, 50-A e 72, todos da Lei de Drogas:

> *Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade suficiente para exame pericial, de tudo*

lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

Outro importante elemento incide em não se consentir a devolução do bem apreendido em posse do acusado, quando se tem a suspeite de pertencerem às vítimas (como objetos de furtos, roubos, estelionato etc), nessas circunstâncias, ao suspeito, durante o curso do processo, não cabe, nem mesmo o depósito.

Assim, quanto à destinação dos bens que não forem restituídos, o art. 119 do CPP, em conjunto com o art. 91 do Código Penal, estabelece que os instrumentos do crime e os produtos do crime, em regra, não serão restituídos, sendo destinados à destruição ou a outros fins, como a arrecadação para o erário público.

A Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) trouxe importantes novidades ao tema, ao disciplinar a destinação de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico objeto de decretação de perdimento, veja: "Art. 124-A. Na hipótese de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada, poderá haver destinação dos bens a museus públicos".

Em síntese, a apreensão e a restituição de bens no processo penal são temas emaranhados e que exigem uma análise cuidadosa de cada caso concreto. A legislação processual penal, a jurisprudência e a doutrina oferecem um conjunto de normas e princípios que devem ser considerados pelo magistrado ao tomar suas decisões. A busca por um meio-termo entre a garantia da efetividade da persecução penal e a proteção dos direitos individuais é fundamental nessa situação.

19.11.2 Síntese do procedimento de restituição de coisas apreendidas

Quando um bem apreendido se mostra claramente desnecessário à investigação ou ao processo, pois já foi periciado/avaliado ou se tornou desnecessário, a autoridade competente – tanto o juiz, quanto o delegado de polícia – pode devolvê-lo de forma simplificada, sem a necessidade de um procedimento complexo. Contudo, se houver dúvidas quanto à pertinência da restituição, instaura-se um incidente específico para que o juiz criminal decida sobre o destino do objeto.

O requerente deverá elaborar petição explicando os motivos da restituição e juntando as provas que entende necessárias, demonstrando a propriedade da coisa, bem como, que ela não interessa mais ao processo. Trata-se de um incidente processual, de maneira que deverá tramitar em apenso ao processo penal principal.

Em caso de disputa, fundada dúvida, sobre a propriedade do bem, a controvérsia será dirimida no âmbito civil, de forma que torne o procedimento mais isento de dúvidas e com uma possibilidade probatória maior.

Bens perecíveis ou que se depreciam rapidamente devem ser alienados em leilão público, a fim de evitar perdas patrimoniais, em caso de direito de restituição. O valor arrecadado será depositado em juízo e restituído ao legítimo proprietário após a devida comprovação, caso inexista direito à restituição, haverá o perdimento do valor.

Em caso de coisas apreendidas e que sejam fruto (lucro) da infração, o procedimento não será o de apreensão, mas o de sequestro (art. 125, CPP e seguintes) de maneira que o procedimento deverá seguir o de Embargos.

Em todos os pedidos de restituição, o Ministério Público deve ser ouvido, e a decisão proferida poderá ser objeto de recurso de apelação, nos termos do art. 593.II do CPP.

19.12 Medidas Assecuratórias de Natureza Patrimonial

As medidas assecuratórias são providências de natureza patrimonial adotadas em procedimentos incidentes, que devem ser decididas ao longo do processo criminal. O objetivo principal é impor restrições ao uso do produto do crime ou qualquer vantagem que pode haver dele decorrente, além de assegurar a recomposição do patrimônio da vítima que foi lesada, garantindo que haja uma justa indenização ou reparação do dano causado, e o pagamento de eventuais penas pecuniárias e despesas processuais.

Existem três principais medidas assecuratórias tipificadas no Código de Processo Penal (CPP), que se configuram como verdadeiras medidas cautelares (embora não se configurem como um processo cautelar) no processo: (a) sequestro; (b) especialização de hipoteca legal; e (c) arresto.

A existências dessas medidas são no intuito de preservar os bens e direitos envolvidos, impedindo que o acusado disponha deles de forma que possa comprometer a reparação dos danos ou o cumprimento de futuras sanções, ou seja, resguarda o patrimônio de ser dilapidado pelo autor.

Além do CPP, leis especiais também tratam de medidas assecuratórias, como a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), em seus artigos 60 a 64, regula a apreensão, arrecadação e destinação de bens móveis, imóveis e valores relacionados ao produto de crimes nela tipificados. A Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens (Lei n. 9.613/98), conforme seu artigo 4º, § 4º, dispõe sobre a decretação de medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou prevista nessa lei, bem como para o pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

Em casos envolvendo colaboração premiada, é importante observar que o § 16 do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) proíbe a decretação de medidas cautelares reais com base exclusivamente nas declarações do colaborador., portanto, implica que outras provas devem complementar as declarações para justificar tal imposição dessas medidas sobre o objeto, garantindo um equilíbrio entre a efetividade das investigações e a proteção dos direitos individuais.

19.12.1 Sequestro

O sequestro se configura como medida cautelar de natureza real ou patrimonial, que pode vir a ser decretada em face do cometimento de delito em crimes de ação penal pública ou privada. Trata-se, pois, da primeira medida assecuratória regulada pelo Código de Processo Penal, devendo o ingresso ser perante o juízo criminal, visando objetivamente a indisponibilidade de bens imóveis (art. 125, CPP) ou móveis (art. 132, CPP) havidos pelo investigado ou pelo réu com o proveito extraído da infração penal, ou seja, tais bens têm origem no crime.

Funcionando de maneira dupla, o sequestro visa impedir o enriquecimento ilícito do imputado e garantir os efeitos extrapenais da sentença condenatória transitada em julgado (art. 91, I e II, b, 2ª parte do CP).

Os efeitos da imposição, incluem tanto a reparação do dano causado pela infração penal – como o ressarcimento de uma vítima de estelionato, por exemplo – como a perda dos bens adquiridos com os proventos do crime. A medida de sequestro assegura, assim, que os bens obtidos ilegalmente não permaneçam na posse do criminoso, proporcionando uma forma de justiça à vítima que sofreu o dano e à sociedade. Trata-se, portanto, de um desestímulo econômico à prática criminosa, bem como, meio de retirar o

financiamento de outros crimes, como normalmente ocorre nos crimes relacionados ao tráfico de drogas.

As restrições previstas no art. 1º da Lei 8.009/1990, que tratam da impenhorabilidade do bem de família, não se estende a aplicação ao sequestro. A razão da não aplicabilidade está no fato de que o art. 3º, VI, dessa lei, exclui da proteção os bens adquiridos com os proventos do crime. Portanto, imóveis destinados à residência familiar, quando sua aquisição adveio de recursos oriundos de atividade criminosa, podem ser objeto de sequestro, assegurando que os bens utilizados para crimes venham a ser recuperados.

A hipótese de sequestro de bens de terceiros que os tenham adquirido de boa-fé e mediante título oneroso do réu é uma questão delicada. Embora os arts. 125 e 130, II, do CPP prevejam essa possibilidade, a aplicação irrestrita desses dispositivos nos casos pode gerar insegurança jurídica e afetar negativamente as relações negociais. A jurisprudência majoritária entende que, se for comprovada a lisura do adquirente, ou seja, a boa-fé na aquisição do imóvel, se torna necessário que seja levantado a constrição judicial sobre o bem[913]. Assim, mesmo que o bem se enquadre como passível de ser sequestrável, a falta de má-fé do terceiro adquirente justifica a liberação do sequestro, protegendo juridicamente os direitos de quem adquiriu o bem de forma legítima, embora ainda em tais casos, a restituição do bem só se dê após o trânsito em julgado da sentença, veja:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AFRONTA INEXISTENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PEDIDO CERTO E DETERMINADO. RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL ANALISADAS EM SUA INTEIREZA. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BEM MÓVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. BOA-FÉ. RELAÇÃO JURÍDICA PREEXISTENTE. ILICITUDE PREVIAMENTE ADMITIDA. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. MOMENTO. APÓS TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "A decisão monocrática proferida por Relator não*

afronta o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante" (AgRg no HC 462.983/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe 10/12/2018). 2. No caso concreto, a mudança de enquadramento da posição do terceiro do art. 129 para a do art. 130, I, do Código de Processo Penal - CPP, não exige revolvimento probatório, uma vez que os fatos estão amplamente delineados pelo Tribunal de origem, o que afasta a incidência da Súmula n. 7/STJ. 3.
Não há falar em ausência de pedido certo e determinado, uma vez que do bojo do recurso especial se extrai que o veículo em referência é da marca Mitsubishi Modelo Pajero Sport, ano 2009, de palca ATL-9052 (fl.361), que também constou do acórdão recorrido.
4. O Código de Processo Penal prevê 3 espécies de embargos: (i) embargos do terceiro estranho ao processo (art. 129, do Código de Processo Penal - CPP); (ii) embargos do acusado (art. 130, I, do CPP); e (iii) embargos do terceiro de boa-fé (art. 130, II, do CPP).
5. O primeiro caso diz respeito à parte completamente estranha ao fato discutido, como bem exemplifica Renato Brasileiro de Lima, "suponha-se que, por ocasião do sequestro, tenha havido algum equívoco acerca do bem em relação ao qual foi imposta a medida cautelar (v.g, apesar de o juiz determinar o sequestro da casa 'A', a medida é levada a efeito contra a casa 'B'"(Manual de processo penal: volume único. 5 ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed.
JusPodivm, 2017). Estes embargos seguem o rito do art. 674 do Novo Código de Processo Civil - NCPC e podem ser opostos a qualquer momento do processo até o trânsito em julgado da sentença e, mesmo após o seu trânsito em julgado, no prazo de 5 dias a contar da arrematação do bem e serão julgados tão logo tenha a parte contrária contestado os embargos no prazo de 10 dias e tenham sido produzidas todas as provas requeridas para demonstração do direito.
6. Já os Embargos do terceiro de boa-fé do art. 130, II, do CPP, serão opostos nas hipóteses em que o adquirente desconhece e não tem elementos para suspeitar da proveniência ilícita do bem. Por ordem legal do artigo 130, parágrafo único, do CPP, eles somente poderão ser apreciados após o trânsito em julgado da sentença condenatória, isso porque se tem como previamente admitida a ilicitude no modo de aquisição do bem.
7. No caso dos autos, os embargos de terceiro foram opostos por Carlos Roberto Frisoli, que, na qualidade de arrendatário do veículo, que foi surpreendido com o bloqueio do referido bem, efetivado em razão da decisão proferida nos autos de medida cautelar de seqüestro n. 2011.0001147-1. O embargante disse ter adquirido o bem da concessionária TVL veículos, sem qualquer restrição, e que realizou contrato de arrendamento mercantil junto ao Banco Santander.
8. O Tribunal de Justiça, mantendo a r. sentença, acata a tese de Carlos Roberto Frisoli, considerando-o terceiro de boa-fé, e ressalta a exceção prevista no art. 119 do CPP no sentido de que haveria a possibilidade de restituição do bem.
9. Há confusão no decisum quanto às figuras do terceiro de boa-fé do art. 130, I, do CPP e terceiro de boa-fé estranho ao processo (art.
129 do CPP), ao que parece, pelo fato do bem não ter sido diretamente transferido do investigado ao comprador e por ter sido adquirido meses antes de efetivada a restrição,

razão pela qual foram aplicadas regras processuais não condizentes ao caso concreto, porque, ainda que refira a terceiro de boa-fé, não vislumbro a hipótese do art. 129 do CPP, mas a do art. 130, I, do CPP, em razão da prévia admissão de ilicitude no modo de aquisição do bem por parte do investigado.
10. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no REsp n. 1.746.624/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe de 26/11/2019.)

O sequestro pode ser decretado em qualquer fase do inquérito ou do processo criminal em trâmite. No entanto, a exceção está em que não cabe o sequestro de bens na fase de execução da pena, pois a perda dos bens em favor da União já é um efeito automático da sentença penal condenatória (art. 91, II, b, do CP). O ponto da observação, frise-se, reside em que se já houve a perda em favor da União, não há como pensar em sequestro desses mesmos bens posteriormente.

Para a decretação do sequestro, são necessários três requisitos: (1) a prática de uma infração penal, *fumus comissi delicti*, (2) a existência de indícios veementes de que os bens têm proveniência ilícita (art. 126 do CPP), e (3) o *periculum in mora*, que é a urgência da medida para evitar a ineficácia da ação penal, como o desfazimento dos bens pelo acusado. A prática de infração penal possui a amplitude que abrange tanto crimes quanto as contravenções e diz respeito ao fato tipificado pela lei penal.

Os indícios, conforme ensina a doutrina, são elementos (como sinal, argumento, vestígio, marca, etc.) que indicam, com alta probabilidade, a relação entre um fato e a prática criminosa.[914] A seriedade é essencial sobre esses indícios, uma vez que precisam ser veementes e substanciais. Todavia, não é exigida prova robusta para o deferimento do sequestro, bastando que os indícios sejam veementes para apresentarem que os bens foram adquiridos com proveito do crime.

A presença do *periculum in mora* é essencial para a decretação da medida cautelar, pois justifica a urgência da medida, na forma que se o sequestro for determinado durante a fase de inquérito, a ação penal deve ser ajuizada no prazo de sessenta dias, sob pena de levantamento da medida (art. 131, I do CPP). A competência para decretar o sequestro é do juiz, sendo vedada sua decretação *ex officio*, logo, a imposição é advinda de a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial (art. 127 do CPP).

Embora exista o prazo legal para a propositura da ação penal, a jurisprudência tem admitido a dilação de tal prazo, tendo em vista a complexidade das investigações, sem que ocorra o levantamento da restrição patrimonial:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. SEQUESTRO DE BENS. DECURSO DO PRAZO LEGAL. REQUERIMENTO DE LEVANTAMENTO. INVESTIGAÇÕES COMPLEXAS. FORTALECIMENTO DOS REQUISITOS DA MEDIDA. INDEFERIMENTO.*
> *1. A complexidade das investigações justifica a extrapolação do prazo previsto no art. 131, I, do Código de Processo Penal.*
> *Precedentes.*
> *2. Tratando-se de supostos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, a verificação de indícios de participação de um dos investigados depende da análise global de todos os elementos de informação.*
> *3. O fortalecimento dos requisitos para a decretação do sequestro impede o levantamento pretendido.*
> *4. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg na CauInomCrim n. 99/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Corte Especial, julgado em 25/6/2024, DJe de 1/7/2024.)*

O assistente do Ministério Público, que pode ser o ofendido ou seu representante legal, também tem legitimidade para requerer o sequestro de bens, na ausência destes é aplicado o art. 31 do CPP[915] (conf. art. 268 do CPP).

A respeito do pedido de sequestro, esse deve ser feito por petição escrita, acompanhada das provas disponíveis, sem prejuízo da

apresentação de novas; o processamento se dará em autos apartados aos da ação penal. Após a efetivação (determinação) do sequestro sobre bem imóvel, o juiz ordenará sua inscrição no Registro de Imóveis, garantindo publicidade à indisponibilidade do bem, requisito que afasta a boa-fé em relação à terceiro que venha a tentar adquirir o bem com o gravame na matrícula do imóvel.

No caso em que a ação penal for julgada procedente, o juiz determinará a avaliação e venda do bem sequestrado em leilão público após o trânsito em julgado da sentença condenatória do processo (art. 133, *caput*, do CPP). O valor arrecadado da venda será destinado ao lesado ou a terceiros de boa-fé, e caso ocorra a remanescente de saldo, será recolhido ao Tesouro Nacional (art. 133, §1º, do CPP). Contra a decisão que concede ou nega o sequestro pode ser aplicado o recurso de apelação (art. 593, II, do CPP).

A defesa contra o sequestro pode ser apresentada por meio de embargos, este que podem ser interpostos pelo investigado, acusado ou terceiro de boa-fé. Salienta-se que há distinção, como mencionado anteriormente, entre o terceiro que não tem relação com o processo criminal e o terceiro que adquiriu o bem a título oneroso e de boa-fé. A competência para julgar os embargos no processo é do juiz penal que determinou o sequestro. Veja:

> *Art. 130. O seqüestro poderá ainda ser embargado:*
> *I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração;*
> *II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.*
> *Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.*

Assim, o supracitado art. 130 do CPP prevê os embargos do acusado e de terceiros de boa-fé para impugnar as medidas cautelares, no entanto, só permite esse questionamento após o trânsito em julgado da ação penal, o que pode resultar na

manutenção de uma medida ilegal até o fim do processo, sendo desproporcional. Além disso, os embargos tratam apenas da extensão da restrição dos bens, sem discutir provas relacionadas ao crime. Por isso, muitos juristas consideram essa previsão inconstitucional, eis que restringem acesso ao direito de propriedade sem o devido processo legal, defendendo o uso de mandado de segurança para contestar bloqueios excessivos de bens.[916]

Assim, segundo entendimento do CPP, os embargos devem ser decididos pelo juiz de direito após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exceto para a hipótese de terceiros de boa-fé não relacionados ao crime, em que os embargos devem ser julgados logo após a instrução do procedimento incidente.

No caso de deferimento da medida cautelar, a jurisprudência tem admitido o manejo de apelação como meio para recorrer das medidas assecuratórias, mas essa solução é criticada por ser incompatível com a função e natureza do recurso de apelação. Assim, doutrinadores sugerem que o recurso em sentido estrito deveria incluir a possibilidade de impugnar tais medidas, devendo ser emendado a fim de ocorrer a adequação para impugnar medidas cautelares, sejam elas reais ou pessoais.[917]

O art. 131 do CPP dispõe sobre o levantamento do sequestro, o qual ocorrerá em várias situações como: quando a ação penal não é intentada no prazo de sessenta dias – embora como visto anteriormente, a jurisprudência autoriza a dilação do prazo. Quando o terceiro presta caução, ou quando há sentença absolutória ou extinção da punibilidade. A ocorrência do levantamento do sequestro termina os efeitos da medida de constrição judicial sobre o bem, mas não impede uma eventual ação de reparação civil no juízo

cível para recomposição do patrimônio lesado pela prática delitiva.[918]

O art. 133 do CPP, modificado pela Lei nº 13.964/2019, estabelece procedimentos claros para o destino dos bens de condenados após o trânsito em julgado da sentença penal. Trata-se de uma medida que visa tanto a garantia de justiça quanto a eficiência no uso de recursos públicos. A lei prevê que, quando uma sentença condenatória é transitada em julgado, o juiz deve determinar a avaliação e a venda em leilão público de qualquer bem cujo perdimento tenha sido decretado. Essa determinação pode ser feita pelo próprio juiz de ofício, pelo requerimento do Ministério Público ou a pedido de um interessado.

O leilão tem a finalidade de assegurar que os bens oriundos de atividades criminosas não permaneçam sem destinação apropriada, transformando-se em uma fonte de recursos para o Estado e, ao mesmo tempo, retirando o financiamento das organizações criminosas.

No entanto, o CPP também reconhece a necessidade de reparar os danos sofridos pelas vítimas ou de resguardar os direitos de terceiros que atuaram de boa-fé. Assim, o parágrafo 1º do art. 133 garante que parte do dinheiro arrecadado no leilão seja reservada às vítimas, enquanto o restante vai para os cofres públicos. O parágrafo 2º reforça que o valor não destinado a lesados ou terceiros de boa-fé será recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão distinta em legislação específica.

O art. 133-A do CPP introduz a possibilidade de utilização provisória de bens apreendidos por órgãos de segurança pública, desde que exista comprovado interesse público no uso do bem. Essa norma busca tornar eficiente o uso dos bens apreendidos durante os processos criminais, antes mesmo que o trânsito em julgado

aconteça. Essa previsão legal é útil para bens como veículos, embarcações e aeronaves, que podem servir de forma imediata aos órgãos responsáveis pela investigação e repressão de crimes e, ao mesmo tempo, não ocorre o processo de deterioração típico de veículos armazenados em pátios públicos.

O artigo delineia ainda que o órgão que participou da ação de apreensão do bem terá prioridade na sua utilização. Isso assegura uma relação direta entre a ação na investigação e o uso do bem, fortalecendo os recursos operacionais das instituições de segurança pública. No entanto, caso o bem não seja de interesse desses órgãos, outros entes públicos poderão utilizá-lo, desde que manifestem e demonstrem o interesse público, conforme dispõe o parágrafo 2º.

Outro ponto relevante está no parágrafo 3º, o qual dispõe acerca da regularização documental de veículos, embarcações e aeronaves apreendidos. O juiz pode ordenar a emissão de um "certificado provisório de registro" em favor do órgão público que fará uso do bem, garantindo que ele esteja legalmente habilitado para uso, sem que o órgão precise arcar com multas ou tributos antecedentes, os quais deverão ser arrecadados do responsável original pelo bem.

Por derradeiro, o parágrafo 4º dispõe que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória com a decretação do perdimento, o juiz pode transferir definitivamente a propriedade do bem ao órgão público que já o utilizava, consolidando o procedimento de destinação de bens.

Em resumo, os artigos 133 e 133-A trazem um conjunto de medidas que equilibram a necessidade de reparação dos danos causados por atividades criminosas, a proteção dos direitos de terceiros e a otimização de recursos em benefício do Estado. Eles visam tanto à punição adequada de crimes, retirando o

financiamento dos mesmos, quanto à eficiência administrativa, ao destinar bens apreendidos para leilão ou uso público.

19.12.1.2 Da Alienação Antecipada de Bens

A alienação antecipada possui previsão legal no art. 144-A do CPP e na Resolução n. 558 de 06/05/2024.

Assim, o artigo 144-A do CPP inserido pela Lei nº 12.694/2012, trata da alienação antecipada de bens apreendidos e/ou sequestrados em processos criminais, ou seja, a venda dos bens antes de uma sentença transitada em julgado. Essa medida visa preservar o valor dos bens que foram apreendidos ou sujeitos a medidas assecuratórias, especialmente quando existe o risco de "deterioração, depreciação ou dificuldade de manutenção".

Portanto, "os fundamentos para a alienação", independente do motivo ensejador "da apreensão ou indisponibilidade, são: a) deterioração (dissipar-se ou arruinar-se); b) depreciação (perder ou reduzir o seu valor); c) difícil manutenção (tornar-se complexo o sustento do bem ou sua conservação)".[919]

Para evitar que ocorra a depreciação, deterioração ou em caso de dificuldade de manutenção do bem, o juiz pode determinar a alienação antecipada, ou seja, a venda desses bens antes que o processo judicial tenha uma sentença transitada em julgado. O objetivo é garantir que os recursos obtidos com a venda mantenham um valor próximo ao da avaliação judicial, em vez de serem prejudicados pela deterioração ou desvalorização dos bens.

O parágrafo 1º dispõe que essa alienação seja realizada "preferencialmente por meio eletrônico", procurando modernizar e agilizar o processo de venda, tornando-o mais acessível e eficiente. Isso também amplia a possibilidade de participação de interessados na compra, o que pode ajudar a maximizar o valor arrecadado.

O parágrafo 2º estipula as regras para o leilão desses bens. A venda deve ser realizada pelo valor estipulado na avaliação judicial ou por um valor superior. No entanto, caso o bem não atinja o valor da avaliação, é realizado um novo leilão no prazo de até 10 dias, autorizando que o bem seja vendido por, no mínimo, “80% do valor de avaliação”. Essa margem permite flexibilidade na venda, garantindo que o bem seja alienado rapidamente, mas ainda dentro de um limite razoável de valor, tendo em vista, que ocorrendo a hipótese de levantamento do bem, como a absolvição, por exemplo, o réu não pode se ver prejudicado com a venda do bem muito aquém de seu valor.

O parágrafo 3º dispõe sobre a destinação dos valores obtidos com a alienação antecipada. O dinheiro fica “depositado em conta vinculada ao juízo” até que o processo penal termine. Se o acusado for condenado, o valor é convertido em “renda para o Estado (União, Estado ou Distrito Federal)”. Em caso de o acusado ser absolvido, o valor é devolvido a ele.

A alienação de “dinheiro, moedas estrangeiras, títulos e valores mobiliários” está prevista no parágrafo 4º do referido artigo, impondo que esses valores sejam convertidos em “moeda nacional” e depositados em conta judicial. Isso assegura que os valores sejam resguardados da variação cambial ou de oscilações de mercado, mantendo o montante sob controle do Poder Judiciário.

O parágrafo 5º traz disposições na venda de “veículos, embarcações ou aeronaves”, instituindo que, uma vez que o bem é alienado, o juiz decreta a emissão de um “certificado de registro e licenciamento” em nome do novo proprietário (arrematante). O arrematante fica “livre de qualquer multa, encargo ou tributo anterior”, o que impede que ele seja atingido por dívidas anteriores

do bem. Apesar disso, as dívidas do antigo proprietário não somem, existindo a hipótese de cobrança por meio de execução fiscal.

Por derradeiro, o parágrafo 6º dispõe sobre a alienação de "títulos da dívida pública, ações de sociedades e outros títulos negociáveis em bolsa", instituindo que o valor de tais bens será o da "cotação oficial" no dia da alienação, comprovado por meio de "por certidão ou publicação no órgão oficial". Isso garante que os bens sejam alienados de acordo com seu valor de mercado no momento da alienação, garantindo que não ocorra perdimento do bem em razão de venda por valor aquém.

De fato, o artigo 144-A do CPP busca garantir a "preservação do valor" de bens apreendidos ou objetos de medidas assecuratórias em processos criminais, mediante sua alienação antecipada. O texto legal proporciona um mecanismo hábil para a gestão de bens apreendidos, autorizando que o Estado ou o acusado não suportem perdas desnecessárias durante o trâmite processual.

12.12.2 Especialização de Hipoteca legal

A hipoteca de bens imóveis pode ser: a) convencional, quando resulta da livre vontade das partes; b) judicial, quando é determinada por sentença; ou c) legal, quando decorre de previsão específica da lei, como no caso em análise.[920]

Assim, a especialização de hipoteca legal é uma medida assecuratória que incide sobre bens imóveis lícitos pertencentes ao réu (arts. 134 e 135 do CPP). A característica da medida está em não poder atingir patrimônio registrado em nome de terceiro, exceto se o terceiro for corresponsável civil, situação em que a hipoteca pode vir a servir como preparatória ou incidental para o processo de conhecimento condenatório.[921]

Embora o CPP utilize o termo hipoteca legal, o correto seria especialização da hipoteca, ou seja, a individualização do bem imóvel a ser hipotecado, visto que a hipoteca é decorrente da lei, por isso, hipoteca legal, especificamente do art. 1489, III do Código Civil, veja:

> *Art. 1.489. A lei confere hipoteca:*
> *I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;*
> *II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;*
> *III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;*
> *IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;*
> *V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.*

Assim, a finalidade da hipoteca legal é assegurar que o acusado tenha patrimônio disponível para responder a uma futura ação de execução *ex delicto* (art. 63 do CPP), que possa ser proposta pelo ofendido, evitando principalmente a dilapidação dos bens.

A particularidade desta medida, está em ser relevante quando o ofendido não possui uma ação civil de indenização em andamento ou não pretende ajuizá-la de imediato, já que não poderia se valer das tutelas cautelares previstas no Código de Processo Civil sem uma ação principal (art. 64 do CPP).

> *Considere-se que a vítima de uma infração penal, que se encontra aguardando o trânsito em julgado de sentença condenatória criminal em relação ao réu, descubra que este se encontra praticando atos de disposição de seu patrimônio, a fim de tornar-se insolvente. Diante desta realidade, alternativa não lhe restará a não ser proceder ao pedido imediato de hipoteca legal de bens imóveis pertencentes ao acusado para garantir a existência de patrimônio capaz de responder, na ocasião do ajuizamento da ação de execução ex delicto, pelo prejuízo causado em razão da prática criminosa.*[922]

Dessarte como se sucede na medida do sequestro, a hipoteca legal não está sujeita às restrições da impenhorabilidade do bem de família estabelecidas pela Lei 8.009/1990. O art. 3.º, VI, dessa Lei

exclui dessa impenhorabilidade o caso dos bens que se destinam à execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.[923]

A especialização da hipoteca legal pode ser requerida em qualquer fase do processo penal (art. 134 do CPP), embora como aponta Nucci "há um equívoco na redação do mencionado artigo ao fazer referência a qualquer fase do processo, uma vez que cabe a medida também durante o inquérito".[924] Assim, "destina-se a assegurar a indenização do ofendido pela prática do crime, bem como ao pagamento das custas – quando houver previsão na legislação – e das despesas processuais".[925]

A decretação da hipoteca legal, é fundada sob dois pressupostos: prova da materialidade do fato imputado e indícios de autoria (art. 134 do CPP). Além desses, é indispensável a demonstração do *periculum in mora*, ou seja, o justo receio de que o réu possa tornar-se insolvente, dilapidando ou desfazendo-se de seu patrimônio antes do trânsito em julgado da condenação[926] para se evadir da reparação a vítima do crime.

A legitimidade para requerer a hipoteca legal é do ofendido (art. 134 do CPP), abarcando o caso de representante legal e herdeiros. O Ministério Público também pode requerer a medida em dois casos: quando a vítima, sendo pobre, requerer formalmente que exista a atuação para resolução de sua demanda, ou quando houver interesse da Fazenda Pública, como nos casos de crimes de sonegação fiscal (art. 142 do CPP). No primeiro caso, a atuação do Ministério Público é condicionada à inexistência de Defensoria Pública organizada na comarca, como são os casos em regiões menores.

Leciona Marcão que, "ao contrário do que ocorre em relação ao sequestro, na hipoteca legal é vedado ao juiz decretar a medida *ex*

officio, também não sendo facultado ao delegado de polícia, na fase do inquérito, oferecer representação visando a esse fim".[927]

O pedido de hipoteca legal deve ser feito por meio de petição fundamentada, em que é essencial demonstrar descrevendo os bens imóveis a serem hipotecados e estimando o valor do dano cível sofrido (art. 135, *caput* e § 1º do CPP). O juiz, ao receber a petição, ordenará o arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis por um perito, caso não haja avaliador judicial (art. 135, § 2º do CPP).

Após a avaliação, as partes têm dois dias para se manifestar, e o juiz poderá corrigir o arbitramento se for verificado necessidade (art. 135, § 3º do CPP). A hipoteca será inscrita apenas sobre os imóveis necessários para garantir a responsabilidade, não extrapolando além do pedido (art. 135, § 4º do CPP). O valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, e pode ser reavaliado se qualquer das partes discordar do arbitramento anterior à sentença realizada pelo juiz de direito (art. 135, § 5º do CPP). O réu pode vir a oferecer caução suficiente, em dinheiro ou títulos públicos, para evitar a inscrição da hipoteca legal sobre o bem (art. 135, § 6º do CPP).

Ensejando a inscrição da hipoteca e não ocorrendo cancelamento posterior no processo, o procedimento permanecerá suspenso até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida no processo criminal.[928] Na hipótese de a sentença ser proferida como absolutória ou houver extinção da punibilidade, a hipoteca será cancelada (art. 141 do CPP). Caso contrário, restando a sentença condenatória, os autos da hipoteca serão encaminhados a uma vara cível para a execução da sentença penal (art. 63 do CPP).

A decisão que concede ou nega a hipoteca legal pode ser utilizado o recurso de apelação (art. 593, II do CPP). A hipoteca legal pode ser

cancelada em três situações: extinção da punibilidade, sentença absolutória transitada em julgado (art. 141 do CPP), ou prestação de caução pelo réu (art. 135, § 6º do CPP).

12.2.3 Arresto

O arresto é uma medida assecuratória aplicada quando não há bens imóveis suficientes para a reparação dos danos causados pelo réu ao ofendido ou para o pagamento de custas e despesas processuais incidentes, sendo, portanto, a especialização da hipoteca legal inviável ou insuficiente (art. 137 do CPP). Nessa situação, podem ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos da hipoteca legal dos imóveis para que haja o custeio e reparação dos danos sofridos pela vítima, no processo penal.

Os pontos de comparação importantes está em que diferente do sequestro, que incide sobre bens de origem ilícita, o arresto atinge bens de origem lícita; e enquanto a hipoteca legal recai sobre imóveis, o arresto normalmente recai sobre bens móveis do autor.[929] A principal finalidade do arresto é garantir a reparação dos danos decorrentes da prática criminosa ocorrida e, secundariamente, assegurar o pagamento das custas e despesas processuais. Ressalta-se que a impenhorabilidade dos bens, conforme definida no art. 833 do CPC e na Lei n. 8.009/90, não se aplica ao arresto.

Em casos excepcionais demonstrado o *periculum in mora* em que como leciona Avena "cujo objetivo é tornar os bens do réu inalienáveis durante o tempo em que tramitar o pedido de hipoteca"[930], o art. 136 do CPP permite o arresto prévio de bens imóveis como medida preparatória para a hipoteca legal, que será revogada se, no prazo de 15 dias, não for promovido o processo de inscrição da hipoteca.

O arresto de bens móveis é uma medida assecuratória residual, prevista no art. 137 do Código de Processo Penal, semelhante ao processo de especialização da hipoteca e ao sequestro, tramita em autos apartados. Será levantado ou a hipoteca cancelada se o réu for absolvido ou se a punibilidade for extinta por sentença irrecorrível.[931]

O trâmite segue em que após a condenação transitada em julgado, os autos do arresto são remetidos ao juízo cível, conforme o art. 143 do CPP. O Ministério Público e os interessados têm legitimidade para requerer o arresto de bens no processo, e o juiz pode decretá-lo de ofício, exercendo seu poder geral de cautela, posicionamento este já manifestado pelo STF (art. 142 do CPP).

O pedido de arresto deve ser feito por escrito e tramitando em separado do inquérito ou processo principal, não resulta na suspenção do curso da ação penal (art. 138 do CPP). O depósito e administração dos bens arrestados seguem as disposições dos arts. 159, 160 e 161 do CPC. O art. 137, § 1º dispõe que os bens fungíveis e facilmente deterioráveis seguem a normativa do art. 120, § 5º do CPP, em que estes são avaliados e levados a leilão público, com o dinheiro apurado depositado ou entregue a um terceiro idôneo.

As rendas dos bens móveis arrestados podem ser utilizadas para a manutenção do indiciado ou réu e de sua família, conforme arbitrado pelo juiz (art. 137, § 2º do CPP). Com a condenação, após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, os autos do arresto são desapensados e levados ao juiz cível para a execução civil *ex delicto* (art. 63 do CPP), onde será apurado o valor devido.[932]

Os bens do responsável pela ofensa ficam sujeitos à reparação do dano causado, conforme o art. 942 do Código Civil, que também responsabiliza solidariamente coautores e outras pessoas designadas nos moldes do art. 932.

Conforme dispõe o art. 932 do Código Civil:

> *São também responsáveis pela reparação civil: I — os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II — o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III — o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV — os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V — os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.*

Por fim, a responsabilidade civil é independente da criminal, não podendo ser questionada a existência do fato ou a autoria decidida no juízo criminal (art. 935 do Código Civil). O levantamento do arresto será no caso em que: ser o réu for absolvido por sentença irrecorrível ou se a punibilidade for extinta (art. 141 do CPP), com os bens devolvidos a quem de direito. Entretanto, dependendo do fundamento da sentença de absolvição, o ofendido pode buscar reparação dos danos no juízo cível, como exemplo o disposto no art. 386 do CPP.[933]

19.13 Incidente de falsidade

O incidente de falsidade está previsto nos arts. 145-148 do CPP. Dispõe o *caput* do art. 145: "arguida, por escrito, a falsidade de documento constante dos autos, o juiz observará o seguinte processo". Trata-se, portanto, de incidente processual que visa questionar a veracidade de documento constante nos autos do processo penal principal.

Sobre o tema, importante relembrar a distinção entre falsidade ideológica e falsidade material. A falsidade ideológica está prevista no art. 299 do CP, trata-se de inserção de informação falsa ou omissão de elemento verdadeiro em documentos públicos ou privados. O documento é materialmente verdadeiro, mas a informação nele contida é falsa. É o caso, por exemplo, da certidão

de nascimento de criança em que figuram como genitores, pessoas que não são. Já a falsidade material é o caso em que a fabricação ou a confração produzem um novo documento, neste caso, tanto a informação – o conteúdo – como o documento em si são falsos.

Assim, o incidente "se presta à análise de eventual falsidade — material ou ideológica — de qualquer documento juntado aos autos do inquérito ou do processo (de conhecimento ou de execução)"[934].

O incidente deve ser formalizado por meio de petição específica, que tramitará em apartado dos autos principais. Após o recebimento da petição, o juiz notificará a parte contrária para que responda em até 48 horas (art. 145, I, CPP). Havendo necessidade, o juiz poderá conceder prazo adicional de três dias para que cada parte apresente provas de suas alegações, se necessário (art. 145, II, CPP).

Normalmente, o juiz dentre as diligências que compreender pertinentes, irá determinar a realização de exame pericial no documento para verificar a alegada falsidade (art. 145, III, CPP). Após a colheita das provas, o juiz intima as partes para que se manifestem sobre o laudo pericial e, em seguida, decide o incidente, reconhecendo ou não a falsidade do documento.

Na hipótese em que o Ministério Público não for o autor do pedido de instauração do incidente, este deverá ser ouvido antes da decisão do juiz. O recurso cabível para o incidente, é em sentido estrito contra a decisão que julgar procedente ou improcedente o incidente de falsidade, sem efeito suspensivo, conforme o art. 581, XVIII, do CPP.

Se reconhecida a falsidade, o juiz ordenará o desentranhamento do documento e sua remessa ao Ministério Público, juntamente com os autos do processo incidente, para que sejam adotadas as providências cabíveis em razão do crime apurado (art. 145, IV, CPP). Para evitar que ocorra a manipulação ou o desaparecimento da

prova, o documento reconhecido como falso será rubricado pelo juiz e pelo escrivão em cada uma de suas folhas, conforme determina o art. 15 da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

Alega-se a falsidade de um documento, o magistrado determina a formação de um processo autônomo, suspendendo o processo principal e concedendo prazo para manifestação da parte contrária. Em seguida, as partes terão oportunidade de apresentar provas, após o que o juiz poderá determinar a realização de perícia e, por fim, proferirá decisão sobre a autenticidade do documento. O Ministério Público, mesmo atuando como fiscal da lei, deverá ser ouvido.

Trata-se de incidente que visa garantir a efetiva solução do processo, eis que uma prova juntada aos autos não pode ser falsa e em sendo, os responsáveis pela falsidade deverão ser punidos em outro processo (novo processo para averiguar tal crime) e não servirá como elemento probatório.

O art. 232 do CPP determina o que se considera documentos:

> *Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.*
> *Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.*

Importante mencionar que quando o documento for objeto do crime – e não prova – por exemplo, o acusado está respondendo pelo crime previsto no art. 297 do CPP. O documento deverá ser periciado, a fim de aferir a materialidade do crime, será elemento do processo penal principal, não sendo o caso do incidente de falsidade documental.

A alegação de falsidade pode ser suscitada tanto pelo juiz de ofício quanto pelas partes, que farão por meio de petição escrita. Se a alegação for feita por procurador – advogado ou defensor –, este deverá possuir poderes específicos para tanto (art. 146, CPP).

O juiz mandará autuar em apartado o incidente, ouvindo em seguida a parte contrária, a qual tem o prazo de 48 horas para oferecer a resposta (art. 144, I e II do CPP). Após, o juiz assinará o prazo sucessivo de três dias para que as partes provem suas alegações (inciso III). Conclusos os autos, o juiz ordenará as diligencias que entende serem cabíveis.

Na decisão, o juiz concluirá se o documento é verdadeiro ou falso. Sendo falso, por decisão irrecorrível, o magistrado mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público (inciso IV). Isso em razão de que a decisão transitará em julgado apenas no âmbito do processo em que foi proferida, devendo ocorrer a instauração de ação penal por crime de falsidade e nesta serem assegurados o devido processo legal ao imputado pela falsificação.

Frise-se, novamente, que a decisão de falsidade não gera efeitos além do processo em que foi proferida, permitindo, por exemplo, que o mesmo documento seja objeto de apreciação em outro processo penal. De fato, a decisão proferida no incidente de falsidade não causa repercussão em eventuais processos civis ou criminais que possam envolver o autor do documento falso ou quem dele fez uso, uma vez que tal decisão não faz coisa julgada em relação perante esses processos (art. 148 do CPP).

Para finalizar, interessante o julgado do STJ:

> *RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE FALSIDADE DOCUMENTAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CABIMENTO. INTEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE SE AVERIGUAR A FALSIDADE DE OFÍCIO E NO CURSO DO PROCESSO PRINCIPAL. Ainda que com a prerrogativa de custos legis, está o Ministério Público sujeito aos princípios processuais constantes do sistema jurídico brasileiro e, portanto, caso permaneça inerte, pode ser atingido pela preclusão. Deve reconhecer-se, contudo, que o incidente de falsidade foi requerido intempestivamente. Não poderá, portanto, ser processado como tal e, a final, gerar os efeitos de uma decisão em incidente de falsidade, bem como fazer coisa julgada. Ao juiz, ocioso lembrar, compete, mesmo de ofício, ordenar diligências para apurar a verdade real e, conseqüentemente, a validade do documento questionado.*

Recurso especial provido. Decisão por unanimidade.
(REsp n. 257.263/PR, relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 17/5/2001, DJ de 1/10/2001, p. 186.)

O julgado trata da importância da tempestividade na apresentação de incidentes de falsidade e da possibilidade de o juiz agir de ofício para apurar a veracidade de documentos, mas ressalta que o Ministério Público, apesar de suas prerrogativas, também está sujeito aos prazos processuais.

19.14 Incidente de insanidade mental do acusado

O incidente de insanidade mental do acusado encontra-se regulado no CPP nos arts. 149-154. Trata-se de incidente, ou seja, tramita em autos apensados ao processo penal principal, que visa aferir a existência de inimputabilidade do acusado em razão de ausência de integridade mental.

Elucida o CP:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento
Redução de pena
Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Conforme art. 26 do CP acima transcrito a inimputabilidade é causa de absolvição imprópria – aquela em que inobstante tenha pena, o condenado fica sujeito à medida de segurança – ou redução de pena, no caso de semi-inimputabilidade.

É, portanto, o incidente de insanidade mental do acusado o procedimento que averiguará a existência ou ausência de integridade mental do acusado. Veja art. 149 do CPP:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador,

do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

Trata-se de um procedimento judicial instaurado quando há dúvidas sobre a capacidade mental do acusado de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, neste caso, ocorrerá a absolvição imprópria.

Detém legitimidade ativa para instauração do incidente: o juiz, MP, defensor, curador, ascendente, descendente ou cônjuge e a autoridade policial. Na fase de inquérito policial o exame poderá ser ordenado pelo juiz, após representação da autoridade policial (art. 149, § 1º do CPP).

Explica Renato Marcão que "esse rol de legitimados ativamente para a deflagração do incidente em questão não é taxativo, mas exemplificativo"[935], de maneira que outras pessoas poderão suscitar o incidente, a depender do caso concreto.

Conforme é possível constatar, o incidente pode ser instaurado pelas partes legitimas em qualquer fase, inclusive durante o inquérito policial, por meio de representação do delegado de polícia ao juiz (art. 149, § 1º do CPP). Instaurado o incidente dispõe o § 2º do art. 149 que "o juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal", assim, o processo penal ficará suspenso, até o deslinde do incidente; "salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento", ou seja, aquelas que se perderão com o decurso do tempo, como o exame de corpo de delito, por exemplo.

A partir da leitura dos dispositivos até aqui citados é possível compreender que a abertura do incidente depende de determinação do juiz, que poderá ser de ofício ou a requerimento das partes. Nesse sentido, já decidiu o STJ: "A implementação do incidente de insanidade não é automática ou obrigatória, dependendo da

existência de dúvida plausível acerca da higidez mental do acusado. Exegese do art. 149 do CPP”[936].

Assim, o procedimento se inicia com o juiz determinando a instauração do incidente e nomeando um curador para o acusado. As partes podem apresentar quesitos aos peritos, mas não é obrigatório.

Após, será realizada a perícia por meio de peritos médicos que realizam exames para avaliar a capacidade mental do acusado. Dispõe o art. 150 do CPP que “para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar”.

Uma vez instaurado, o incidente de insanidade mental tramita em autos apartados do processo principal, que fica suspenso durante a sua duração (art. 153 do CPP). O juiz nomeia um curador para o acusado e pode realizar diligências urgentes para evitar a perda de provas (art. 149, §2º, do CPP). O exame deve ser concluído em até 45 dias, salvo necessidade de prorrogação, com o acusado internado em estabelecimento adequado, se necessário (art. 150, § 1º, do CPP).

O exame pericial pode, pois, ser realizado por um único perito, conforme prevê o art. 159 do CPP. Após a apresentação do laudo, o juiz decide sobre sua homologação, podendo essa decisão ser interposta pelo recurso de apelação. Se o acusado estiver respondendo a múltiplos processos, cada um deve ter seu próprio incidente de insanidade instaurado, garantindo o devido processo legal e a análise sobre cada conduta ilícita realizada pelo autor, uma vez que pode incorrer em aplicação jurídica diferente.[937]

A depender do resultado, o incidente pode concluir que o acusado era imputável, inimputável ou semi-imputável no momento do crime. Na hipótese em que for considerado inimputável, poderá

ser aplicada medida de segurança em vez de pena. No caso de semi-imputabilidade, a pena pode ser reduzida ou substituída por medida de segurança, dependendo das circunstâncias.

Se a doença mental for superveniente ao crime, o processo principal permanecerá suspenso até que o acusado se restabeleça (art. 152, caput, do CPP). Durante esse período, o juiz pode ordenar a internação em estabelecimento adequado, respeitando os princípios do devido processo legal (art. 152, § 1º do CPP).

Na fase de execução da pena, se surgir uma doença mental, o juiz pode substituir a pena por medida de segurança. A duração dessa medida deve corresponder ao tempo restante da pena privativa de liberdade, conforme entendimento majoritário da doutrina, garantindo respeito à coisa julgada e aos princípios da isonomia e proporcionalidade.[938]

Importante explicar que após a vigência da lei n. 10.216/2001, a qual trata sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental; bem como a Resolução CNJ n. 487 de 2023, o procedimento, tendo em vista tratar-se o réu de pessoa com doença mental, torna-se mais humanizado e condizente com as normas de direitos humanos. Impõe o art. 4º da referida Resolução:

> *Art. 4º Quando apresentada em audiência de custódia pessoa com indícios de transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial identificados por equipe multidisciplinar qualificada, ouvidos o Ministério Público e a defesa, caberá à autoridade judicial o encaminhamento para atendimento voluntário na Raps voltado à proteção social em políticas e programas adequados, a partir de fluxos pré-estabelecidos com a rede, nos termos da Resolução CNJ n. 213/2015 e do Modelo Orientador CNJ.*
> *Parágrafo único. Será assegurada à pessoa com indícios de transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial a oportunidade de manifestar a vontade de ter em sua companhia pessoa por ela indicada, integrante de seu círculo pessoal ou das redes de serviços públicos com as quais tenha vínculo, ou seja, referenciada, para o fim de assisti-la durante o ato judicial.*

Tendo em vista que a regra é a não institucionalização de tais pessoas, ou seja, o tratamento deve ser realizado por meio de equipe multidisciplinar e de forma ambulatorial, não ocorrerá a internação, salvo se estritamente necessária.

O art. 151 aduz que em caso de a perícia concluir que o acusado era inimputável ao tempo da infração penal, nos termos do art. 26 do Código Penal.[939] Nesse caso, o processo prosseguirá normalmente, mas com a participação do curador – tendo em vista a ausência de entendimento do réu. Assim, é o curador que representará os interesses do acusado em razão de sua incapacidade de exercer plenamente seus direitos, tanto subjetivos, quanto processuais.

A inimputabilidade, decorrente de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, exclui a culpabilidade do agente, não havendo a aplicação de pena, mas de medida de segurança tendo em vista a absolvição imprópria, que consistirá em tratamento ambulatorial ou internação psiquiátrica, a depender do caso concreto.

Todas os dispositivos legais devem ser lidos à luz da lei antimanicomial e das diretrizes do CNJ, a fim de garantir o tratamento de uma pessoa acometida de doença mental e não utilizar de tal meio como uma vingança penal.

Em síntese, a importância do incidente de insanidade mental, ou seja, da perícia psiquiátrica no processo penal, é inconteste, uma vez que a conclusão dos peritos terá um impacto direto no desfecho do processo e na vida do próprio acusado.

A inimputabilidade, a semi-imputabilidade e a sobrevinda de doença mental após o crime são situações que exigem um tratamento jurídico específico, e devem ser geridos à luz dos:

[...] princípios da República Federativa do Brasil, fundada na dignidade da pessoa humana e, especialmente, os direitos fundamentais à saúde, ao devido processo legal e à individualização da pena (CF, arts. 1º, III; 5º, XLVI, LIV e 6º, caput); na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2006); na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e seu Protocolo Facultativo (2002) e a necessidade de combater a sua prática nas instituições de tratamento da saúde mental, públicas ou privadas, bem como a Resolução CNJ n. 414/2021, conforme os parâmetros do Protocolo de Istambul; no Ponto Resolutivo 8 da sentença da Corte Interamericana de Direito Humanos proferida no Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, que determinou ao Estado brasileiro continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria; na Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF Corte IDH/CNJ), instituída no âmbito do Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução CNJ n. 364/2021, acompanha o cumprimento das determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Estado brasileiro; na Lei n. 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental; na Lei n. 13.146/2015 - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que assegura e promove, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania; a Resolução n. 32/18, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em julho de 2016, que reafirma as obrigações dos Estados Membros em promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e garantir que políticas e serviços relacionados à saúde mental cumpram as normas internacionais de direitos humanos; o Relatório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas, apresentado na 34ª Sessão da Assembleia Geral da ONU em janeiro de 2017, que expõe um conjunto de recomendações voltadas à qualificação dos serviços de saúde mental, a acabar com a prática do tratamento involuntário e da institucionalização e para criação de um ambiente político e legal que assegure a garantia dos direitos humanos das pessoas com deficiências psicossociais; na Resolução n. 8/2019 do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), destinada à orientação das políticas de saúde mental e uso problemático de álcool e outras drogas em todo o território nacional, e nas Resoluções n. 04/2010 e 05/2004 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), para a aplicação da Lei n. 10.216/2001 à execução das medidas de segurança; na Resolução CNJ n. 113/2010 e a Recomendação CNJ n. 35/2011, publicadas com o objetivo de adequar a atuação da justiça penal aos dispositivos da Lei n. 10.216/2001, privilegiando-se a manutenção da pessoa em sofrimento mental em meio aberto e o diálogo permanente com a rede de atenção psicossocial; no art. 9º, § 3º, da Resolução CNJ n. 213/2015, que dispõe sobre a realização de audiência de custódia, disciplinando sobre a garantia de acesso aos serviços médico e psicossocial, resguardada sua natureza voluntária, para pessoas que apresentem quadro de transtorno mental ou dependência química; na Resolução CNJ n. 288/2019, que define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação

de liberdade, bem como a Resolução n. 2002/2012 do Conselho Econômico e Social da ONU, destinada à orientação dos princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, além da Resolução CNJ n. 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário; na Resolução CNJ n. 425/2021, que institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades; na atenção às minorias com vulnerabilidades acrescidas e suas interseccionalidades, bem como os atos normativos do CNJ sobre a temática em relação à privação de liberdade, como a Resolução CNJ n. 287/2019 (indígenas); Resolução CNJ n. 348/2020 (LGBTI); Resolução CNJ n. 405/021 (migrantes); Resolução CNJ n. 369/2021 (gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência); na Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), instituída por meio da Portaria Interministerial n. 1/2014, dos Ministérios da Saúde e da Justiça, bem como a Portaria n. 94/2014, do Ministério da Saúde, que institui o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Pequim); no art. 112, § 3° do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), instituído pela Lei n. 8.069/1990, que dispõe que adolescente com sofrimento mental ou transtorno psíquico deverão receber tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições; no art. 64, em especial, § 7° da Lei n. 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), que dispõe que o tratamento a que se submeterá o adolescente com sofrimento mental ou transtorno psíquico deverá observar o previsto na Lei n. 10.216/200 Adolescentes em Conflito com a Lei (PNAISARI) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentada pelas Portarias Consolidadas/MS n. 2/2017 (Anexo XVII) e n. 6/2017 (Seção V, Capítulo II); CONSIDERANDO a deliberação do Plenário do CNJ, no Procedimento de Ato Normativo n. 0007026-10.2022.2.00.0000, 1ª Sessão Virtual, realizada em 10 de fevereiro de 2023;[940]

A perícia psiquiátrica é fundamental para a correta aplicação da lei penal, uma vez que a capacidade mental do acusado é elemento essencial para a atribuição da culpabilidade e para evitar a imposição de pena a uma pessoa com uma doença mental.

Um adendo necessário a ser feito é que a alegação de inimputabilidade, segundo a jurisprudência, não pode ser alegada durante a fase recursal se não houver indícios de doença mental nos autos.

Por fim, o STJ decidiu que prazo prescricional continua sendo contado durante a suspensão do processo, veja:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. SUSPENSÃO DO CURSO DA PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
1. A jurisprudência desta Corte Superior orienta no sentido de que, em observância ao princípio da legalidade, as causas suspensivas da prescrição demandam expressa previsão legal, o que não ocorre no caso de instauração de incidente de insanidade mental, em que não há previsão normativa de suspensão do curso da prescrição.
2. Não se pode criar, por via interpretativa, causa suspensiva da prescrição vinculada a incidente instaurado no curso da ação penal, tendo em vista a inexistência de norma legal conferindo o vindicado efeito a simples incidentes processuais.
3. Não é possível equiparar os incidentes processuais instaurados perante o mesmo juízo, no curso da ação penal, com a pendência de questão prejudicial em "outro processo", prevista no art. 116, inciso I, do Código Penal como causa suspensiva da prescrição, pois se tratam de institutos com natureza jurídica completamente distintas.
4. Recurso especial provido. (REsp n. 1.904.590/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021.)

Em suma, o incidente de insanidade mental é arguido em juízo, sendo um procedimento crucial para garantir que apenas indivíduos mentalmente capazes sejam responsabilizados penalmente perante a lei, assegurando justiça e proteção aos direitos dos acusados.

---

862 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-8.1

863 REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual esquematizado**. 3.ed.rev e atual. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 201.

864 ZAGO, Marcelo, ROLIM, CURY, Nafêz Imamy; **Processo penal decifrado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 282.

865 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

866 ZAGO, Marcelo, ROLIM, CURY, Nafêz Imamy; **Processo penal decifrado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 282.

867 ZAGO, Marcelo, ROLIM, CURY, Nafêz Imamy; **Processo penal decifrado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 282.

868 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 323.

869 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

870 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

871 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

872 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-10.7

873 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 331.

874 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

875 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 158.

876 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

877 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

878 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

879 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2024, p. 158.

880 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2024, p. 159.

STF, 2ª Turma, **HC 164.493/PR**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.3.2021, DJe, 4.6.2021.

881 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2024, p. 159.

882 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

883 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

884 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024

885 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2024

886 "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício."

887 ZAGO, Marcelo, ROLIM, CURY, Nafêz Imamy; **Processo penal decifrado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 288.

888 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2024

889 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022

890 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022

891 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022

892 PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. LEGITIMIDADE ADSTRITA AO ROL DO ART. 271 DO CPP. ROL TAXATIVO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **Nos termos do entendimento da Terceira Seção desta Corte, a legitimidade do assistente da acusação para recorrer está restrita às hipóteses elencadas no art. 271 do CPP**, entre as quais não se inclui a interposição de recurso em sentido estrito contra decisão que concede a suspensão condicional do processo. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.837.403/ES, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/2/2020, DJe de 21/2/2020.) (grifo nosso)

893 STJ, **HC n. 320.626/SP**, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 22/6/2015.

894 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

895 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

896 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2024, p. 162.

897 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 2224

898 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 224

899 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 11 ed. São Paulo Malheiros, 1995, p. 198

900 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 225

901 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 225

902 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2024, p. 162.

903 TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. 1, p. 432-433.

904 GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coordenação **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

905 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

906 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, v. II, 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77-79.

907 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V. II 35. ed. São Paulo: Saraiva., 2013.

908 Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 133.

909 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 361

910 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023

911 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 324.

912 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 325.

913 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

914 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

915 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

916 OLIVEIRA, Rafael Serra. Impugnação da medida cautelar de sequestro por meio dos embargos de terceiro no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol. 117. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

917 LEITE, Larissa. **Medidas patrimoniais de urgência no processo penal:** implicações teóricas e práticas. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

HOFMEISTER NETO, Rubens. **Medidas cautelares contra pessoas jurídicas no processo penal**: uma abordagem à luz da desconsideração (inversa) da personalidade jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

918 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

919 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 341.

920 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024

921 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

922 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 392.

923 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

924 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.84.

925 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.84.

926 AVENA, Norberto. **Processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

927 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 187.

928 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

929 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

930 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 380.

931 ZAGO, Marcelo, ROLIM, CURY, Nafêz Imamy; **Processo penal decifrado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 391.

932 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

933 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

934 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 189

935 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 190

936 STJ. **RHC n. 42.254/MG**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/6/2017, DJe de 14/6/2017.

937 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024

938 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024

939 O art. 22 citado pelo art. 151 refere-se à redação original do CP.

940 BRASIL, CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 487 de 15 de fevereiro de 2023:** Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf Acesso em 10 de junho de 2024.

20 RECURSOS NO PROCESSO PENAL

Os recursos, pensando em teoria geral do processo, partem da natureza humana de não aceitar posições contrárias passivamente, junta-se à tal fato, o papel essencial do Poder Judiciário em resolver as disputas, especialmente diante do monopólio punitivo do Estado.

É imperioso reconhecer que as decisões judiciais são falíveis, pois são fruto da atividade humana, e, por tal razão, diante da possibilidade de erros, existe a necessidade da existência de questionar tais decisões por meio de recursos.

Por tais razões, a Constituição Federal garante não apenas o acesso à jurisdição, mas também a possibilidade de ingressar com recursos para assegurar justiça. Neste sentido, o art. 5º, LV, da CF, assegura que "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"

A garantia de revisão das decisões por instâncias superiores promove maior responsabilidade dos juízes ao proferir suas decisões, pois sabem que poderão ser corrigidas, e oferece conforto e esperança às partes envolvidas em processos judiciais, assim como uma maior sensação de segurança à sociedade.

20.1 Disposições gerais

A palavra recurso deriva do latim, *re currere,* "*recursus*, que traz a ideia de voltar atrás; daí o emprego dessa palavra para traduzir o ato por meio do qual se pede o reexame da questão ou da causa decidida"[941].

Neste sentido, "proferida uma decisão, quem tiver interesse na sua reforma ou modificação pode impugná-la por intermédio do recurso" [942], quando cabível.

A terminologia "'recurso' tem o sentido técnico-processual de meio de impugnação das decisões"[943].

Tratando-se de um litigio cível, com fundamento patrimonial, caso uma decisão judicial cause prejuízo, é possível buscar reparação pecuniária. No entanto, em decisões penais condenatórias injustas, a situação é mais grave, eis que o tempo é algo impossível de ser recuperado, imagine o tempo de privação de liberdade, de prisão, que passou e não poderá retroagir.

Assim, apesar do disposto no art. 5º, LXXV, da CF, que prevê indenização por erro judiciário ou prisão além do tempo da sentença. A perda de liberdade e os danos psicológicos dificilmente são plenamente reparáveis.[944]

Por tais razões, o art. 5º, LV, da CF assegura o contraditório e a ampla defesa, e nela está inclusa a faculdade recursal. Nesta linha de raciocínio, o art. 92 da CF estabelece a existência de Juízos e Tribunais com competência originária e recursal, o que, evidentemente, busca garantir o duplo grau de jurisdição, ou seja, o questionamento das decisões proferidas, em caso de inconformismo.

Além disso, o art. 8º, 2-h, da Convenção Interamericana de Direitos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Decreto n. 678/92, assegura o direito de recorrer a tribunal superior. Assim, a garantia do duplo grau de jurisdição, ainda que implícita, é um princípio constitucional autônomo, decorrente da Constituição brasileira e de princípios como a igualdade e a revisão dos atos estatais.[945]

> *Por meio do recurso, a parte que se julgar prejudicada pela decisão desfavorável tem a possibilidade de reexame do ponto impugnado, evitando que a prestação jurisdicional*

> *se finde em um único grau, o que levaria à legitimação de eventuais injustiças. Portanto, confere a lei, assim, um meio à parte vencida para buscar a reforma total ou parcial, a modificação ou a anulação de uma decisão. Permite ainda às partes obter o esclarecimento ou integração do ato decisório.*[946]

A doutrina aponta como "características do recurso: a) ser um ato da parte; b) dirigir-se contra um ato do juiz; c) pretender um novo ato judicial; d) que confira situação processual mais favorável". No entanto, "no direito brasileiro, o recurso não é ato apenas da parte, porque mesmo quem não foi parte no processo pode recorrer, como é o caso do terceiro prejudicado (CPC, art. 996, caput) e do Ministério Público", quando age como fiscal da lei, bem como da vítima, ainda que não tenha atuado como assistente de acusação (art. 598 do CPP).

20.1.2 Conceito, Natureza Jurídica e Fundamentos

Conceituar recurso é considerado pela doutrina complexo e difícil, "devido, principalmente, à multiplicidade de suas espécies, o que faz variável sua definição". Em termos simples, é possível conceituar recurso, de acordo com lições de José Carlos Barbosa Moreira[947]:

> *[...] como o instrumento processual de interposição voluntária, destinado à obtenção do reexame de decisão proferida na mesma relação jurídica processual", passível de provocar esclarecimentos, integração ou invalidação da decisão judicial impugnada.*[948]

O recurso, portanto, "se liga, de ordinário, ao duplo grau de jurisdição, em que uma decisão proferida pelo juízo inferior recebe novo julgamento por um juízo superior". Embora existam discussões acerca da necessidade de uma instância superior para julgar o recurso, "sob este aspecto, o direito objetivo se afina com a doutrina, não repugnando ao sistema jurídico nacional o recurso para o mesmo órgão que prolatou a decisão impugnada", sendo, por tais razoes, admissível "recurso até para o mesmo juiz que prolatou a

decisão recorrida, como os embargos de declaração",[949] ou em caso de processos originários no STF em que o mesmo tribunal é o competente para julgar os recursos de suas decisões.

Quanto à natureza jurídica do recurso, não há consenso doutrinário, sendo identificado o recurso com a ação (Betti, Leone, Santoro, Vannini e Ugo Rocco), outra parte doutrinária (Liebman e Sergio Costa) o considera um direito em si mesmo, diferente do direito de ação. [950]

Já Hélio Tornaghi afirma a existência de três vertentes sobre da natureza jurídica dos recursos, a saber: 1) desdobramento do direito de ação dentro do mesmo processo; 2) nova ação dentro do mesmo processo; 3) qualquer meio designado a alcançar a reforma de uma decisão.[951]

O entendimento majoritário é o de Rocco, qual seja: é o recurso um direito decorrente, oriundo, do direito de ação:

> *Doutrina Rocco que o direito de impugnar está compreendido no direito de ação.*
> *Nega, no entanto, autonomia a esta ação de impugnação, salientando que ela "pressupõe sempre [grifo do autor] o exercício de outras faculdades que as normas processuais consideram cronologicamente precedentes ao recurso".*
> *Trata o recurso como sendo uma faculdade e não um ônus ou obrigação, voltada à impugnação de decisão judicial quanto ao seu aspecto formal e material.*
> *Concebendo o recurso como atividade compreendida no direito de ação, guardando, portanto, essa natureza jurídica, não vacila em afirmar, entretanto, ser o recurso uma renovação do procedimento.*
> *Nada obstante, continua a expor sua teoria, reforçada agora com a tratativa dos requisitos da ação recursal, que são equiparados aos requisitos para a propositura de toda e qualquer ação. Exige ele que, para propor uma ação de impugnação, o interessado deve ter legitimidade e interesse consubstanciados na sucumbência, que nada mais são do que as condições da ação existentes no direito positivo brasileiro.*[952]

Assim, predomina o entendimento doutrinário de que os recursos são uma manifestação – um desdobramento – do direito de ação (ou de defesa) exercido dentro do próprio processo, posição essa apoiada por doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, José Frederico

Marques, Giovanni Leone e Aury Lopes Jr., e, da mesma forma, a que prevalece na doutrina estrangeira, como exemplo da espanhola com José María Rifá Soler, Manuel Richard González e Iñaki Riaño Bruno. [953]

Os fundamentos que justificam a existência dos recursos no processo, partem da garantia do duplo grau de jurisdição, que permite a revisão de uma decisão seja por órgão superior ou pelo mesmo órgão. A recorribilidade ou irrecorribilidade de uma decisão reflete o equilíbrio entre dois valores: a busca pela justiça na decisão proferida e o imperativo de segurança jurídica.

Nesse sentido, os fundamentos dos recursos podem ser elencados a seguir: a falibilidade humana, a necessidade psicológica de reexame de decisões, a coação psicológica sobre o juiz inferior que o incentiva a julgar melhor, a oportunidade de julgamento por um órgão colegiado mais experiente, e razões históricas, tudo se traduzinho no direito ao duplo grau de jurisdição.[954]

Por outro lado, críticos aos recursos aduzem que a existência dos recursos infringe a economia processual, prolongando o processo de forma inefetiva, não garantem melhor justiça, possuem a possibilidade de ocasionar decisões conflitantes e são ineficazes quando o tribunal tão-somente ratifica a decisão do juiz inferior. [955]

Apesar dessas críticas, a existência de um sistema recursal é vista como essencial para a concretização do contraditório e da ampla defesa, conforme o art. 5º, LV, da Constituição Federal, bem como, o art. 8º, 2-h, da Convenção Interamericana de Direitos (Pacto de San José da Costa Rica).

20.1.3 Características dos Recursos

Os recursos são caracterizados por serem voluntários, precedentes ao trânsito em julgado da decisão alvo de impugnação e

não instituírem uma nova relação jurídica processual.

Assim, segundo lição de Edilson Mougenot:

a) Voluntariedade: Prevista no art. 574 do CPP, dispõe que as partes têm a opção de interpor recursos conforme seu proveito, mas têm o ônus de recorrer para evitar a preclusão, ou seja, a perda do direito de impugnar a decisão. A voluntariedade confere às partes o direito, e não a obrigação, de recorrer, conforme seu interesse na modificação da decisão, mas sofrem o ônus da preclusão, caso não recorram. Até mesmo para defensores dativos, prepondera o princípio da voluntariedade, e a ausência de recurso da Defensoria Pública não viola o devido processo legal. [956] Este é o entendimento do STJ:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESE DE INAPLICABILIDADE DO ART. 392, INCISO II, DO CPP AOS RÉUS ASSISTIDOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. TRANSCURSO DO PRAZO RECURSAL IN ALBIS. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE RECURSAL. INTEMPESTIVIDADE. INTIMAÇÃO PESSOAL DE RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. A alegada inaplicabilidade do disposto no art. 392, inciso II, do CPP aos réus assistidos pela Defensoria Pública configura inovação recursal, o que impede a sua apreciação em sede de agravo regimental, porquanto a tese não foi objeto de insurgência no momento processual oportuno, ocorrendo assim a preclusão consumativa.*
> *2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, "nos termos do art. 392, inciso II, do Código de Processo Penal, tratando-se de réu solto, é suficiente a intimação do seu causídico da sentença condenatória proferida em primeiro grau, não se exigindo a intimação pessoal do acusado quando o advogado já teve ciência da prolação do édito" (HC n. 417.633/ES, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 8/2/2018, DJe 26/2/2018).*
> *3. Na espécie, o réu estava respondendo ao processo em liberdade, e a Defensoria Pública foi pessoalmente intimada da sentença condenatória, com entrega dos autos, em 7/12/2018 (e-STJ fl. 170) - com observância, portanto, das prerrogativas previstas no art. 44, inciso I, da LC n. 80/1994 -, deixando transcorrer in albis o prazo recursal para a interposição de recurso de apelação (e-STJ fl. 224).*
> *Nesse contexto, inafastável a intempestividade apontada pela Corte local, ante a incidência do princípio da voluntariedade recursal (art. 574, do CPP), mostrando-se*

irrelevante o fato de o recorrente ter sido intimado pessoalmente em 31/1/2019, porquanto prescindível a intimação pessoal dele, na hipótese retratada nos autos.
4. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AgRg no AREsp n. 1.686.136/RO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 26/10/2020.)

b) Anterioridade ao trânsito em julgado: Os recursos devem ser interpostos antes do trânsito em julgado da sentença, ou seja, antes que a decisão se torne definitiva pela preclusão temporal. Cada decisão em que seja passível de ser impugnada por via recursal tem o recurso cabível, cada qual com prazo para sua interposição previsto em lei, caso a parte não observe o prazo legal para peticionar, ocorrerá a preclusão e no caso do processo penal tal decisão só será passível de modificação por meio de uma ação autônoma impugnativa, se cabível no caso concreto. Veja:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. TRIBUNAL DO JURI. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PRONÚNCIA POR AUSÊNCIA DE PROVA JUDICIALIZADA E POR ESTAR BASEADA EM TESTEMUNHO DE "OUVIR DIZER". CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JURI. WRIT IMPETRADO MAIS DE 2 (DOIS) ANOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRECLUSÃO TEMPORAL. NULIDADE DE ALGIBEIRA. PRECEDENTES DO STJ. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA DO TRIBUNAL DO JURI. PREJUDICIALIDADE DAS ALEGAÇÕES DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUBSTITUTIVO RECURSAL. PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EM TESTEMUNHOS INQUISITORIAIS CONFIRMADOS JUDICIALMENTE E EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.
I - Como é de conhecimento, a jurisprudência dos Tribunais Superiores "não tolera a referida nulidade de algibeira - eiva esta que, podendo ser sanada pela insurgência imediata da defesa após ciência do vício, não é alegada como estratégia, numa perspectiva de melhor conveniência futura. Observe-se que tal atitude não encontra ressonância no sistema jurídico vigente, pautado no princípio da boa-fé processual, que exige lealdade de todos os agentes processuais" (AgRg na RvCr n. 5.565/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), DJe de 29/11/2022.).
II - No caso, verifica-se que (i) o réu já interpôs o recurso cabível contra a decisão de pronúncia que, inclusive, já restou preclusa; (ii) que, somente após mais de dois anos do julgamento do recurso em sentido estrito, o impetrante vem suscitar tardiamente teses de nulidade da pronúncia (ausência de prova judicializada e decisão

fundamentada exclusivamente em testemunho de "ouvir dizer"), que não foram oportunamente alegadas e (iii) que já houve a condenação do paciente pelo Tribunal do Juri, evidenciando a denominada nulidade de algibeira, cuja prática, é rejeitada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes da 5ª Turma.
III - A posterior sentença condenatória pelo Tribunal do Júri, em regra, prejudica o exame de eventuais nulidades ocorridas na fase de pronúncia. Precedente da 5ª Turma.
IV - Pretende o impetrante se valer do habeas corpus como substitutivo de recurso, uma vez que, na época oportuna, não interpôs recurso contra o acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, sendo o writ utilizado como sucedâneo recursal para rever decisão de pronúncia há muito acobertada pelo exaurimento temporal, o que é incabível.
V - A decisão de pronúncia não está amparada exclusivamente em provas não judicializadas e em testemunho de "ouvir dizer", tendo sido demonstrada a materialidade e indícios de autoria das condutas pelas quais foi pronunciado o paciente, diante dos testemunhos colhidos durante a fase inquisitorial e perante autoridade judiciária e das provas carreadas aos autos, notadamente, o depoimento da genitora da vítima que aponta o paciente como autor do crime, bem como através dos reconhecimentos fotográfico e pessoal, em sede policial, efetuado por testemunha, que reconheceu, "com plena convicção", o réu.
VI - Tendo em vista que as teses suscitadas demonstram a utilização da nulidade de algibeira, manobra processual rechaçada por este Tribunal; tendo em conta que o paciente já restou condenado pelo Tribunal do Juri e que, na via estreita do presente writ, não restou demonstrado que a decisão de pronúncia foi amparada exclusivamente em provas não judicializadas e em testemunhos indiretos, a ordem deve ser denegada.
Ordem denegada.
(HC n. 816.067/RS, relatora Ministra Daniela Teixeira, relator para acórdão Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/8/2024, DJe de 27/8/2024.) (grifo nosso)

c) Inexistência de nova relação processual: O recurso é interposto no mesmo processo em que a decisão foi proferida, sem a criação de uma nova relação jurídica processual. Assim, ações como habeas corpus ou revisão criminal não são consideradas recursos, tendo em vista que criam novas relações jurídicas processuais, embora também sirvam para impugnar decisões. [957]

20.1.4 Dos Princípios

Os princípios norteadores dos recursos são importantes para um melhor manejo e interpretação das normas atinentes à matéria, serão debatidos a seguir.

a) Duplo grau de jurisdição:

O exercício da ampla defesa, do contraditório e, como consequência do devido processo legal, garantido pela Constituição Federal, inclui a faculdade de recorrer a instâncias superiores para reavaliação de decisões judiciais. O duplo grau de jurisdição implica na revisão integral de uma sentença por um órgão diverso e hierarquicamente superior ao que a proferiu.

Seu fundamento está no art. 5º, LV, da CF assegura o contraditório e a ampla defesa, e nela está inclusa a faculdade recursal. Nesta linha de raciocínio, o art. 92 da CF estabelece a existência de Juízos e Tribunais com competência originária e recursal. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Apesar de haver entendimento, inclusive do autor que escreve este livro, ser o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional, o STF em inúmeras decisões reiterou o entendimento de que não configura garantia prevista na Constituição da República, traduzindo escolha política do legislador:

> *[...]DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: FIGURA NÃO CONTEMPLADA COMO GARANTIA PELA CARTA MAGNA. RESPEITO AOS PRECEDENTES COMO IMPERATIVO DA SEGURANÇA JURÍDICA (ART. 5º, CAPUT, CRFB). ADPF JULGADA IMPROCEDENTE. [...] não configura garantia prevista na Constituição da República, traduzindo escolha política do legislador, consoante diversos precedentes desta Corte: HC 140213 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/06/2017; RE 976178 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2016; RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010. (ADPF 167, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 07-03-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 27-07-2020 PUBLIC 28-07-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-248 DIVULG 13-10-2020 PUBLIC 14-10-2020)*

Embora exista importância indubitável no reexame da matéria recorrida, o duplo grau de jurisdição não deve eternizar processos, sendo meio meramente protelatório, ao contrário, deve respeitar os princípios da duração razoável do processo e da segurança jurídica. Por tal razão, o sistema recursal impõe limitações, não permitindo a infinita reanálise do mérito da causa, e encontra ressalvas jurídicas, como no caso do foro privilegiado, que impede a revisão de decisões por instâncias superiores, como ocorre com membros do Congresso Nacional julgados pelo STF, que possui competência originária.

No acórdão citado abaixo, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que não é necessária a observância obrigatória do duplo grau de jurisdição em casos em que a condenação é proferida por um órgão colegiado competente para julgar a ação penal originária, devido à prerrogativa de função.

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE CONCUSSÃO. ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. NULIDADES PROCESSUAIS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. CONDENAÇÃO EXARADA POR FORO ESPECIAL EM DECORRÊNCIA DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DA GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A execução provisória da pena imposta em condenação nas instâncias ordinárias, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016. 2. A execução provisória é juridicamente possível quando a condenação, em virtude de competência especial por prerrogativa de foro, decorrer de decisão única exarada pelo órgão colegiado competente, uma vez que o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos*

Humanos (Decreto n.º 678/92, art. 8°, § 2°, "h"), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária. 3. In casu, o recorrente, juiz de direito, foi condenado, em única instância, pelo Tribunal de Justiça local em virtude da prática de diversos crimes de concussão (cento e setenta vezes), condutas tipificadas no artigo 316 do Código Penal, à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 5. Agravo regimental desprovido.
(HC 140213 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02-06-2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 14-06-2017 PUBLIC 16-06-2017)

Por fim, importante esclarecer que o fundamento político do duplo grau de jurisdição reside na necessidade de controle jurisdicional sobre todos os atos estatais, garantindo que até mesmo decisões judiciais estejam sujeitas à revisão por um órgão superior, robustecendo o Estado de Direito. [958]

b) Taxatividade:

Os recursos só podem ser interpostos quando existir previsão em lei, de forma taxativa. O que significa afirmar que as hipóteses recursais estão taxativamente instituídas no ordenamento jurídico. Inexiste recurso inominado ou indeterminado no âmbito do processo penal, de maneira que não havendo recurso cabível previsto em lei, a decisão é irrecorrível. Contudo, a taxatividade não impede o manejo de ações autônomas de impugnação para reexaminar decisões irrecorríveis, como habeas corpus e mandado de segurança, em situações peculiares.

c) Unirrecorribilidade:

O princípio da unirrecorribilidade estabelece que para cada decisão recorrível, cabe apenas um único recurso. Não é correto afirmar, no entanto, "que o ordenamento jurídico não admite a interposição de dois ou mais recursos simultaneamente. Note-se: o que não se permite é a pluralidade visando a rediscutir o mesmo tema".[959]

Assim, as exceções se apresentam em casos de decisões complexas com capítulos distintos, comportando a interposição de diferentes recursos para cada parte específica da decisão. Por exemplo, um acórdão pode ser impugnado simultaneamente por recurso especial e extraordinário se violar tanto uma lei federal quanto a Constituição. Além disso, situações como omissões na sentença permitem a interposição dos Embargos de Declaração ou a apelação.[960]

d) Fungibilidade recursal:

O princípio da fungibilidade recursal, previsto no artigo 579 do CPP, permite que um recurso inadequado seja conhecido como outro, evitando formalismos excessivos e injustiças, desde que não haja má-fé por parte do recorrente.

> *Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.*
> *Parágrafo único. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível.*

A má-fé é identificada pela jurisprudência por meio de por atos como o uso de recursos meramente protelatórios, ou seja, para granjear mais tempo ou evitar a coisa julgada. Erros grosseiros, como a escolha equivocada de um recurso claramente inadequado, podem indicar má-fé e impedir a aplicação da fungibilidade. Veja a elucidativa decisão do STJ:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTO NO ART. 1.030, I, B, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. DECISÃO MANTIDA.*
> *1. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, "O recurso cabível contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial que esteja em conformidade com entendimento firmado sob o rito dos repetitivos é o agravo interno (o recurso que foi efetivamente interposto pela parte e posteriormente encaminhado a esta Corte), e também o agravo em recurso especial para impugnar a parte relativa aos fundamentos*

> *de inadmissão por ausência dos pressupostos recursais (desiderato do qual não se desincumbiu a defesa)" (AgRg no AREsp n. 2.428.773/PR, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10/10/2023, DJe de 18/10/2023).*
> *2. Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg no AREsp n. 2.516.106/CE, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 18/6/2024, DJe de 25/6/2024.)*

No entanto, quando há dúvida objetiva sobre o recurso cabível, a fungibilidade deve ser aplicada, independentemente do prazo do recurso utilizado.

> *Por outro lado, o princípio da fungibilidade recursal somente se aplica no caso de recursos de fundamentação livre. Se o ato deveria ser impugnado por um recurso de fundamentação vinculada (apelação de sentença do tribunal do júri) e foi interposto em seu lugar um recurso de fundamentação livre (por exemplo, recurso em sentido estrito), não é possível conhecer o recurso errado no lugar do recurso certo, posto que não haverá impugnação nos limites estritos da fundamentação exigida para tal situação.*[961]

O princípio também pode ser estendido às ações autônomas de impugnação, como habeas corpus e mandado de segurança, devido à sua natureza de garantia de direitos fundamentais.

e) Variabilidade:

Uma parte da doutrina enxerga, como decorrência do princípio da fungibilidade, o da variabilidade. De fato, a fungibilidade recursal autoriza que um recurso erroneamente interposto seja aceito e processado como o correto, pelo juiz ou tribunal, desde que não haja má-fé. A variabilidade dos recursos, segundo parte da doutrina, permite que a parte substitua um recurso por outro dentro do prazo legal, algo diferente da correção feita pelo tribunal.

> *[...] admite-se que a parte possa variar o recurso, quando verificar ter havido engano em sua interposição. Nesse caso, poderá requerer ao juiz que autorize a substituição do recurso erroneamente interposto, pelo que é adequado e cabível, para que este seja processado. Ou seja, pode desistir do recurso interposto e usar de outro recurso, desde que dentro do prazo legal.* [962]

No entanto, parcela doutrinária aduz que esse princípio não é mais reconhecido pela legislação brasileira, "infirmado pelo fenômeno da preclusão consumativa, que implica a perda do direito

de recorrer mais de uma vez da mesma decisão". Por tal razão, a prática de ato processual precedente elimina "a possibilidade de se exercitar novamente o direito ao recurso, mesmo que interposto tempestivamente".[963]

Ainda, fundada na ideia de complementariedade recursal, há a possibilidade de impugnar pontos da decisão não recorridos inicialmente, desde que ainda dentro do prazo recursal. Tal possibilidade é defendida por Aury Lopes Jr., ou seja, a faculdade de "modificar as razões de recurso, em razão da modificação superveniente da decisão, o que ocorre, por exemplo, no caso de serem interpostos, posteriormente, pela outra parte, embargos de declaração" que sejam procedentes e apresentem efeitos infringentes, hipótese atualmente prevista no § 4.º do art. 1.024 do CPC/2015. [964]

f) Dialeticidade:

Explica Badaró que "por princípio da dialeticidade deve se entender que o recurso deve ser discursivo, argumentativo, dialético"[965]. Com efeito, o princípio da dialeticidade é atinente à igualdade das partes e ao contraditório, exige que o recorrente apresente as razões do recurso, a fim de garantir que a parte contrária seja intimada para, se quiser, oferecer contrarrazões antes do julgamento pelo órgão superior. A ausência de intimação para apresentar contrarrazões constitui nulidade absoluta, conforme estabelecido pela Súmula 707 do STF. Essa regra aplica-se a todos os recursos admitidos, garantindo o direito ao contraditório e à defesa ampla em qualquer fase do processo.[966]

Conquanto uma parte dos recursos criminais exija a apresentação de razões, o CPP não aplica estritamente o princípio da dialeticidade no recurso em sentido estrito e na apelação. O art. 589 autoriza que

o recurso em sentido estrito seja encaminhado ao tribunal mesmo sem as contrarrazões do recorrido. O art. 601 amplia essa exceção, permitindo que a apelação seja enviada aos Tribunais sem as razões, apenas com a petição de interposição, e sem as contrarrazões, indicando que, nesses casos, o princípio da dialeticidade não se aplica de forma literal. Apesar de tais disposições legais, Badaró entende que tais normas não teriam sido recepcionadas pela CF/88, eis que ferem o princípio do contraditório.[967]

Quanto ao princípio, o STJ aplica, também ao processo penal, a Súmula n. 182, "é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada", sobre o tema, veja:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REITERAÇÃO DO MÉRITO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. SÚMULA N. 182, STJ. PRECEDENTES.*
> *I - Conforme dispõe o art. 258 c/c o art. 21-E, § 2º, do RISTJ, o agravo regimental se destina a desafiar decisões monocráticas proferidas em matéria penal, motivo pelo qual caberia à parte recorrente impugnar os fundamentos que levaram ao não conhecimento do recurso especial.*
> *II - Depreende-se das razões recursais que o agravante se limitou a reiterar as alegações de mérito deduzidas no recurso anterior, acerca do mérito da causa, sem apresentar argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida.*
> *III - Verificada ofensa ao princípio da dialeticidade, por repetição de argumentação anterior, aplico a Súmula n. 182, STJ. Precedentes.*
> *IV - A concessão da ordem de habeas corpus de ofício em sede de agravo em recurso especial demanda que a matéria suscitada tenha sido examinada pelo Tribunal de origem.*
> *V - O pleito de concessão da ordem de habeas corpus de ofício não é admissível para burlar os requisitos de admissibilidade do recurso especial. Precedentes.*
> *VI - O momento oportuno para o arrolamento de testemunhas pela defesa é a apresentação da resposta à acusação, de forma que a oitiva de testemunhas indicadas posteriormente está sujeita à discricionariedade do magistrado, não tratando de direito subjetivo da parte. Precedentes.*
> *VII - No caso concreto, o acórdão recorrido declinou a oitiva da testemunha com fundamento no farto conjunto probatório colacionado aos autos, de forma que consoa com o art. 209 do CPP.*
> *Nego provimento ao agravo regimental.*
> *(AgRg no AREsp n. 2.516.294/MT, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 11/6/2024, DJe de 17/6/2024.)*

g) Disponibilidade:

O princípio da disponibilidade recursal autoriza que a parte escolha livremente se deseja ou não interpor um recurso. Não há obrigação de recorrer, sendo um direito que pode ser exercido ou não, com possíveis consequências desfavoráveis se não for utilizado, ou seja, embora seja uma faculdade, há o ônus de não o fazer. De tal sorte, que deste princípio decorre a renúncia e a desistência recursal.

A renúncia é sempre antecedente à interposição do recurso, "É legítimo, portanto, que, diante do caso concreto, o réu e seu defensor renunciem validamente ao direito de recorrer"[968]. Sobre o tema dispõe a Súmula 705 do STF que: "A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta".

A renúncia pode ser realizada de forma expressa ou tácita. A primeira hipótese, "deverá ser manifestada por escrito, evidentemente. A segunda irá resultar da preclusão, que decorre do não aproveitamento do prazo disponibilizado em lei para a interposição do recurso"[969].

Já a desistência implica que o recurso já tenha sido"interposto (preclusão consumativa) e configura modalidade de extinção anormal deste, já que, observado o curso procedimental, o normal é que seja submetido à Superior Instância para que, sendo conhecido, sobre ele" se proclame julgamento de mérito[970].

Assim, a parte ré pode renunciar ao direito de recorrer ou desistir de um recurso já interposto. O Ministério Público, apesar de poder optar por recorrer ou não, não pode desistir de um recurso após tê-lo interposto, devido à regra de indisponibilidade da ação penal, conforme dispõe o art. 24 e 576 do CPP. Já a defesa pode optar por

não recorrer, renunciar ao direito de recurso ou desistir do recurso interposto.

h) Voluntariedade:

Dispõe o art. 574 do CPP que "os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz". O princípio da voluntariedade demonstra que os recursos são uma faculdade processual, ou seja, a parte tem a opção de recorrer, mas não é obrigada a fazê-lo, arcando, todavia, com o ônus de não o fazer. Assim, de acordo com o disposto no art. 574 do Código de Processo Penal, o defensor, seja constituído ou dativo, não é obrigado a recorrer, seguindo o princípio da voluntariedade dos recursos, conforme precedentes do STJ.

Ponto de discussão doutrinária é o caso de divergência de interposição de recurso entre réu e o seu defensor, há quem entenda que prevalece a interposição do réu, devendo existir nomeação de defensor dativo, caso o constituído não apresentasse as razões recursais. Veja:

> *A nosso ver, se houver divergência entre o réu e seu defensor, prevalecerá sempre a opção manifestada no sentido de interpor recurso, venha de quem vier, por ser esta a que atende melhor ao princípio da ampla defesa, dentre outros*[971].

No entanto, a Sexta Turma do STJ, com base RE 188703/STF[972] decidiu que, em existindo conflito entre o réu e seu defensor sobre a interposição de recurso excepcional, predomina a decisão da defesa técnica, conforme o artigo 574 do CPP.

O entendimento foi firmado ao negar habeas corpus em que o réu afirmava cerceamento de defesa pela não interposição de agravo em recurso especial pela Defensoria Pública. A ministra relatora, Laurita Vaz, ressaltou que a não interposição de recursos excepcionais não é desídia da defesa, a qual tem a prerrogativa de avaliar a conveniência/necessidade dos recursos, consoante o princípio da

voluntariedade previsto no artigo 574 do CPP. A ministra citou o precedente do STF no RE 188.703, asseverando que o conflito entre as vontades do acusado e do defensor deve ser deliberado em favor da defesa técnica.

i) *Non reformatio in pejus*:

O princípio da proibição de reforma da decisão em prejuízo do réu é aplicado quando ocorre recurso exclusivo da defesa e está previsto no art. 617 do CPP: "O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença".

Assim, o princípio da *reformatio in pejus* é impeditivo para o agravamento da situação do réu, caso haja apenas recurso da defesa, ou seja, caso a decisão tenha se tornado preclusa para a acusação. Isso quer dizer que não pode ser proferida uma nova sentença mais desfavorável ao réu sobre o mesmo objeto. Mesmo diante de uma nulidade absoluta, a Súmula 160 do STF estabelece que é nula qualquer decisão que agrave a situação do réu sem que exista recurso da acusação.

No caso de existir recurso exclusivo do MP, ou seja, da acusação, em que pese a voluntariedade dos recursos, Tourinho Filho elucida que"a maior e mais expressiva corrente da doutrina brasileira admite poder o Tribunal, ante apelo exclusivo do Ministério Público visando à exasperação da pena, agravá-la, abrandá-la, mantê-la ou, até mesmo, absolver o réu", diante do papel que o Ministério Público significa nas instituições políticas, é o caso da *reformatio in melius*. Questiona o autor por qual razão o tribunal não poderia, diante de uma apelação exclusiva do Ministério Público que procura agravar a pena, atenuar a situação do réu ou até absolvê-lo, considerando que o tribunal tem essa capacidade em sede de revisão (recurso *ex*

officio), não seria coerente não admitir em sede de recurso exclusivo da acusação.[973]

> *Por aqui, a extensão do recurso (acusatório ou defensório) não impõe limites ao julgador, de maneira que o órgão competente poderá ultrapassar a profundidade do desconformismo e reanalisar todo o processo, quanto ao mérito e também quanto ao procedimento, não sendo aplicada a regra do tantum devolutum quantum appellatum. Disso decorre que, em razão de recurso interposto pela acusação visando ao agravamento da situação, o recorrido poderá ter sua situação aliviada e até mesmo ser absolvido. Há quem sustente que, na hipótese tratada — recurso exclusivo da acusação visando ao agravamento das consequências jurídicas —, a situação não poderia ser modificada em favor do réu silente, pois tal proceder resultaria em surpresa para a acusação e desrespeito ao princípio da igualdade das partes, cumprindo ao órgão julgador, sendo caso, conceder habeas corpus "ex officio" com vistas a decotar excessos e evitar constrangimento ilegal.*[974]

Continuando sobre o princípio da *non reformatio in pejus,* Grinover, Gomes Filho e Scarance[975] ressaltam que, na jurisprudência brasileira, essa proibição se aplica até quando a sentença é anulada por recurso exclusivo do réu, impedindo que a nova decisão proferida agrave a pena, o que se configura como *reformatio in pejus* indireta. A *reformatio in pejus indireta* é conceituada por Renato Brasileiro de Lima da seguinte forma:

> *Lado outro, por força do princípio da ne reformatio in pejus indireta, se a sentença impugnada for anulada em recurso exclusivo da defesa (ou em habeas corpus), o juiz que vier a proferir nova decisão em substituição à anulada também ficará vinculado ao máximo da pena imposta no primeiro decisum, não podendo agravar a situação do acusado.*[976]

Contudo, no caso de processos do Tribunal do Júri, havendo anulação do primeiro julgamento, no segundo julgamento prevalece a soberania do tribunal popular pode resultar em uma nova condenação, mesmo após anulação por recurso da defesa, frisa-se, no entanto, que apesar de uma nova condenação – com acréscimo e outro crime, por exemplo – a pena aplicada não pode ser superior à do primeiro julgamento, este é o exemplo do acordão do STF ementado a seguir:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, I, III E IV, DO CÓDIGO PENAL - CP. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. ART. 125 DO CP. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE LIMITA O MONTANTE TOTAL DE PENA PELO COMETIMENTO DO HOMICÍDIO E DO ABORTO AO MONTANTE ESTIPULADO NUM PRIMEIRO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI QUE CONDENOU O RECORRENTE APENAS PELO DELITO DE HOMICÍDIO. DEFESA QUE PRETENDE AFASTAR A CONDENAÇÃO PELO ABORTO OU A PENA DECORRENTE DELE, EIS QUE O PRIMEIRO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI FOI ANULADO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONSTATADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em recurso exclusivo da defesa e a seu pedido, o primeiro julgamento pelo Tribunal do júri foi anulado, eis que houve contradição na resposta dos quesitos para o cometimento dos delitos de homicídio e aborto provocado por terceiro. É inconteste que a asfixia da grávida ocasionou seu óbito e o aborto, mas os jurados reconheceram a autoria apenas em relação ao homicídio, ficando o réu absolvido pelo aborto.

1.1. A única forma de sanar o vício da contradição na resposta dos jurados era submeter a ocorrência ou não do homicídio e do aborto para nova apreciação, motivo pelo qual não há que se falar em reformatio in pejus indireta. ***Diante desse quadro, em novo julgamento, o réu foi condenado por ambos os crimes com observância da soberania dos veredictos e a pena foi dosada pelo juiz presidente para cada um deles como consequência da condenação.***

2. Em atenção ao disposto no art. 617 do CPP, o Tribunal de origem, de forma escorreita, limitou a soma das penas dosadas para ambos os delitos ao montante estipulado no primeiro julgamento *para a condenação decorrente do homicídio.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.546.159/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 13/10/2020.) (grifo nosso)

j) Irrecorribilidade das decisões interlocutórias:

O processo civil admite o manejo de Agravo de Instrumento em face de decisões interlocutórias, nos termos do art. 1015 do CPC/2015, no entanto, no processo penal, a regra é a impossibilidade de interpor recursos de decisões interlocutórias.

De fato, a admissibilidade de recurso contra decisões interlocutórias depende da estrutura do procedimento de primeiro grau. Em procedimentos concentrados, no qual há poucas audiências, é comum não se admitir recursos específicos contra tais decisões, pois elas serão revisadas no recurso da sentença, ou seja, apelação. Isso tem a finalidade de evitar a interrupção do processo.

Todavia, em sistemas com audiências dispersas no tempo, a ausência de recurso imediato pode causar prejuízos importante à parte sucumbente, tornando necessária a recorribilidade das interlocutórias para evitar retrabalho processual.

O Código de Processo Penal de 1941 adotou uma abordagem intermediária, prevendo que, em via de regra, as decisões interlocutórias são irrecorríveis, exceto nos casos expressamente previstos no art. 581 do CPP, que podem ser impugnados por meio do recurso em sentido estrito.

Ademais, é consenso jurisprudencial que as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, previstas no art. 581 do Código de Processo Penal, são exaustivas, permitindo apenas interpretação extensiva das situações previstas em lei. Por exemplo, o inciso I do artigo admite recurso contra a decisão que não recebe a denúncia ou queixa, e por interpretação extensiva, também é possível interpor o recurso contra a decisão que não aceita o aditamento à denúncia ou queixa (ver: STJ – Resp. n. 1.628.262 – RS; REsp n. 1.078.175/RO). Veja:

> *O rol legal, portanto, constante do art. 581 e de leis especiais é taxativo, não comportando ampliação por analogia, porque é exceptivo da regra da irrecorribilidade das interlocutórias. Todavia, como qualquer norma jurídica, podem as hipóteses receber a chamada interpretação extensiva. Esta não amplia o rol legal; apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restritiva. A interpretação extensiva não amplia o conteúdo da norma; somente reconhece que determinada hipótese é por ela redigida, ainda que a sua expressão verbal não seja perfeita. Assim, em diversos incisos do art. 581, serão apontadas situações por ele regidas, porque equivalentes às do texto literal, sem que isso signifique ampliação do rol legal.* [977]

Ainda, na hipótese de a decisão interlocutória ser gravosa ao réu a defesa pode utilizar das ações impugnativas, como *habeas corpus* contra decisões que afetem a liberdade de locomoção, ou mandado de segurança para impugnar decisões que causem gravame à parte ou terceiros, mas que não tenham relação com a liberdade de

locomoção, como o indeferimento do ingresso da vítima como assistente de acusação. Além disso, leis especiais podem prever outras hipóteses de recurso em sentido estrito, como a antiga Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967, art. 44, §2º) fazia em relação ao recebimento da denúncia ou queixa.[978]

20.1.5 Recurso ex Officio ou Reexame Necessário

O artigo 574 do Código de Processo Penal (CPP) prevê o "recurso de ofício" ou "reexame necessário", *in verbis*:

> *Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:*
> *I - da sentença que conceder habeas corpus;*
> *II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.*

Trata-se de um "recurso" obrigatório interposto pelo juiz contra sua própria decisão. Tendo em vista que a voluntariedade é característica dos recursos, o "recurso de ofício" tem a sua terminologia questionada, sendo que em razão de o juiz não ser parte processual, tampouco ser alcançado por qualquer sucumbência, fica evidente que o termo "recurso" foi empregado de forma equivocada pelo CPP.

Por tal razão, há, na verdade, uma condição de validade, para que a sentença produza efeitos jurídicos, semelhante à remessa necessária prevista no art. 496 do CPC. Neste sentido, de acordo com a Súmula 423 do STF, a não interposição do recurso impede que a sentença transite em julgado.

De fato, a Constituição Federal não revogou a possibilidade de reexame necessário, embora alguns autores assim defendam. Destarte, em casos específicos que exigem revisão por um órgão superior o reexame necessário continua vigorando, visto que o objetivo é proteger interesses públicos importantes.

Portanto, a legislação processual lista os casos em que o "recurso de ofício" deve ser interposto: sentenças que concedem habeas corpus (art. 574, I), sentenças absolutórias sumárias em crimes submetidos ao tribunal do Júri (art. 574, II), decisões que concedem reabilitação (art. 746), e sentenças absolutórias em crimes contra a economia popular ou saúde pública (art. 7º da Lei n. 1.521/51).[979]

Sobre o tema, tem sido majoritário na doutrina[980] o raciocínio de que, "com a reforma processual de 2008 (Lei n. 11.689/2008), houve a revogação do reexame necessário no caso de absolvição sumária na primeira fase do procedimento do Júri". Isto em razão de que o inciso II do art. 574 mencionava o art. 411. Todavia, "com a reforma, a absolvição sumária passou a ser tratada do art. 411 para o art. 415, que não se refere mais à remessa necessária". [981]

Por não se tratar de um recurso na acepção técnica do termo, não há peça de interposição, assim como inexiste fundamentação, não está sujeito a prazo – enquanto não for enviado ao tribunal, a sentença não transita em julgado –, trata-se, portanto, de remessa ao tribunal. Ademais, se há simultaneamente um recurso do Ministério Público, este devolve toda a matéria ao Tribunal, que pode decidir questões não levantadas pelo Ministério Público, mesmo em detrimento do réu. [982]

Sobre o tema, interessante trecho de acordão do STJ a seguir colacionado:

> *[...] 7. "Extensão do efeito devolutivo visando agravar a situação jurídica do réu condenado: o recurso da acusação, seja do Ministério Público, do assistente de acusação ou do querelante, possui efeito devolutivo bastante limitado quando se trata de agravar a condição do réu condenado ou absolvido com imposição de medida de segurança.*
> *Por conseguinte, não pode o Segundo Grau, no julgamento desta espécie de insurgência, reconhecer contra o réu mais do que estiver expresso no recurso acusatório. Tanto é que a Súmula 160 do STF é explícita no sentido de que é nulo o acórdão que reconhece contra o réu nulidade não arguida no recurso da acusação, excetuados os casos de reexame necessário (nas hipóteses de reexame necessário, a*

devolução é sempre integral). Desimporta, inclusive, se a nulidade é absoluta ou relativa. Implicando o reconhecimento da nulidade em decisão contrária aos interesses do acusado (v.g., pelo fato de ter sido ele absolvido) e não tendo sido a mácula invocada em recurso da acusação, veda-se à Segunda Instância declará-la de ofício". (STJ - HC n. 733.751/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 20/9/2023.)

20.1.6 Pressupostos de Admissibilidade Recursal

Tendo em vista que o recurso é uma continuidade do direito de ação, tal qual esta, para ser conhecido pelo órgão julgador é necessário que cumpram os pressupostos de admissibilidade. Tais pressupostos podem ser divididos em comum e específicos.

Assim, "são pressupostos comuns objetivos ou gerais: 1) existência de previsão legal ou tipicidade; 2) forma prescrita em lei, e 3) tempestividade". O ordenamento jurídico hodierno só admite recursos que estejam expressamente previstos em lei.[983]

O recorrente deve utilizar o recurso adequado conforme a natureza da decisão que deseja impugnar, observando a forma legal prevista – procedimento, "no processo penal pode ser interposto, indistintamente, por petição ou por termo nos autos (CPP, art. 578)".[984]

O princípio da unirrecorribilidade, conforme já elucidado, determina que cada tipo de decisão judicial tem um recurso específico, mas esse rigor é flexibilizado pelo princípio da fungibilidade recursal. Além disso, o recurso deve ser interposto dentro do prazo legal, pois, se for intempestivo, não será aceito, tendo em vista a preclusão temporal.[985] Assim, tempestividade do recurso quer dizer "que o recurso deve ser interposto dentro do prazo assinalado pela lei, que não é o mesmo para todos os recursos. A interposição do recurso fora do prazo determina a sua intempestividade".[986]

São pressupostos subjetivos dos recursos: interesse jurídico e legitimidade para recorrer. [987] Em outras palavras: "a) a legitimação para recorrer; e b) o interesse jurídico em recorrer".[988]

O artigo 577, parágrafo único, do CPP, estabelece que: "não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão". Assim, só há interesse recursal para a parte que teve uma pretensão rejeitada, ou seja, seja a parte sucumbente, precisando, desta maneira, recorrer para conseguir alterar a decisão que lhe afeta e, assim, alcançar uma situação processual mais vantajosa. O interesse em recorrer decorre, portanto, da sucumbência, melhor explicando, do prejuízo sofrido pela parte devido ao não acolhimento de sua pretensão.

O sucumbente, neste sentido, "é a parte cuja demanda não foi acolhida, ainda que por motivo não atinente ao mérito". A fim de compreender no caso específico, "se a parte é sucumbente, é preciso considerar o efeito prático da sentença, isto é, as decisões tomadas pelo juiz, que são os concretos provimentos, com os quais pronunciou sobre o objeto do processo".[989]

Quanto à "sucumbência pode ser classificada em: única, quando atinge apenas uma das partes, múltipla, quando várias são as partes atingidas. Se os interesses são idênticos, a sucumbência é paralela; se opostos, recíproca". Também pode ser "direta, quando atinge os integrantes da relação jurídica processual; reflexa, quando repercute fora do processo".[990]

O Ministério Público (MP), via de regra, não tem interesse em recorrer de uma sentença condenatória em favor do réu, pois não há sucumbência, exceto quando atua como fiscal da lei (*custos legis*). No entanto, se o MP pediu a condenação e o juiz a concedeu, não

haveria interesse recursal por parte do MP, segundo entendimento de parte da doutrina.

> *Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal já decidiu reiteradas vezes que o MP pode recorrer da sentença condenatória em favor do réu, na qualidade de custos legis. Nosso entendimento: correta esta última posição, pois o Ministério Público é parte imparcial, e, mesmo quando ocupa o polo ativo da relação jurídica processual, não deixa de ser fiscal da lei. No entanto, se o representante ministerial pede a condenação e o juiz, acolhendo integralmente esse pedido, condena o réu, faltaria sucumbência, e, por conseguinte, interesse para o recurso em favor do condenado. Não pode, portanto, a nosso ver, recorrer o Ministério Público, se o seu pedido formulado nas alegações finais, seja pela condenação, seja pela absolvição, tiver sido integralmente acolhido pelo juiz na sentença. O problema aqui é puramente de falta de sucumbência e, por conseguinte, de interesse recursal.*[991]

Por outro lado, o réu pode ter interesse em recorrer de uma sentença absolutória para alterar o fundamento da absolvição, visando uma situação processual mais favorável. Por exemplo, o réu pode ter sido absolvido com fulcro no art. 386, VII do CPP, ou seja, "não existir prova suficiente para a condenação", havendo novas provas, o réu poderá ser processado novamente pelo mesmo fato, pois este fundamento não tem o condão de fazer coisa julgada material, apenas formal. Assim, apesar desta absolvição o réu pode recorrer com a finalidade de mudar o fundamento da decisão, com a finalidade de ser absolvido com base no art. 386, IV do CPP.

Sobre tal possibilidade, existem duas posições sobre o interesse recursal: a primeira defende que o interesse recursal só existe em relação ao dispositivo da sentença, não à sua motivação; a segunda, prevalente, afirma que há interesse recursal sempre que houver possibilidade de melhorar a situação do réu, pois o fundamento da absolvição faz parte do dispositivo da sentença e tem importantes impactos extrapenais e morais. [992]

Quanto à legitimidade, o recurso deve corresponder à posição processual da parte. Portanto, "em princípio, a legitimação para recorrer da sentença cabe a quem foi parte no processo, tenha ou

não estado presente na causa, inclusive o revel, e tanto se foi parte originária quanto terceiro interveniente". [993]

Assim, o Ministério Público, o querelante, o réu ou seu defensor (art. 577 do CPP) são legitimados a interpor recursos. Mesmo a Defensoria Pública pode recorrer em favor do réu revel. Em conformidade com o princípio da ampla defesa, recursos podem ser interpostos por advogado sem procuração ou por defensor dativo, mesmo sem a anuência do réu.

A apelação também pode ser interposta diretamente pelo réu e deve ser aceita, bem como por ofendido em caso de sentença absolutória, ainda que não tenha ocorrido a habilitação no processo por meio de assistente de acusação, conforme artigo 598 do CPP:

> *Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.*

20.2 Da Interposição do Recurso

O art. 578 trata da interposição do recurso, veja:

> *Art. 578. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.*
> *§ 1º Não sabendo ou não podendo o réu assinar o nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas.*
> *§ 2º A petição de interposição de recurso, com o despacho do juiz, será, até o dia seguinte ao último do prazo, entregue ao escrivão, que certificará no termo da juntada a data da entrega.*
> *§ 3º Interposto por termo o recurso, o escrivão, sob pena de suspensão por dez a trinta dias, fará conclusos os autos ao juiz, até o dia seguinte ao último do prazo.*

A interposição do recurso, conforme letra de lei, tem que ser feita por petição escrita, assinada e endereçada ao juiz prolator da decisão, no caso de apelação, por exemplo, a peça de interposição é endereçada ao juízo que proferiu a decisão e as razões ao órgão julgador do recurso, mesmo caso para o recurso em sentido estrito.

Em caso de interposição por meio de termo nos autos, a lei, tampouco a jurisprudência, exigem formalidades específicas. Assim, no caso do tribunal do júri, a interposição de apelação poderá ser realizada oralmente, a qual será reduzida a termo pelo escrivão; além da forma oral, a interposição pode ser realizada por simples manifestação nos autos ou até mesmo por termo na intimação pessoal da sentença condenatória, em caso de réu preso.

O CPP, diferentemente do CPC, elenca prazo para a peça de interposição e outro para razões, no caso da apelação, por exemplo, é de 5 dias e 8 dias, respectivamente (art. 593, *caput* e 600, CPP). Tais prazos são extremamente importantes, pois os prazos para interposição são peremptórios, não sendo observados, haverá a preclusão temporal, no que diz respeito aos prazos das razões, constitui mera irregularidade a apresentação fora do prazo legal.

20.2.1 Do Juízo de Admissibilidade Recursal

Uma vez que o recurso é interposto, cabe ao *juízo a quo* (ou seja, aquele quem está tendo a decisão contestada, normalmente o juízo de primeiro grau), verificar se estão presentes os pressupostos recursais.

Assim, o juízo de admissibilidade ou juízo de prelibação é a análise realizada pelo *juízo a quo* acerca da presença dos pressupostos recursais, tanto objetivo ou subjetivo, havendo a presença de tais requisitos, o recurso será conhecido e o juiz mandará seu processamento ao órgão competente, não havendo, o recurso não será conhecido. Há de se ressaltar, contudo, que o juízo de prelibação será realizado novamente pelo juízo *ad quem*.

Conforme é possível verificar, o juízo de admissibilidade dos recursos ocorre antes da análise do mérito, sendo necessário para verificar se os requisitos, ou seja, pressupostos, foram cumpridos.

Esses requisitos, denominados de pressupostos recursais, determinam se o recurso será processado ou não. Quando um recurso é interposto, o órgão jurisdicional inicial (*a quo*) é o competente para realizar essa análise. Se todos os requisitos estiverem presentes, o recurso é aceito e processado; caso contrário, o despacho será pelo não conhecimento do recurso, e o recurso não será admitido.

Se o recurso for admitido, conhecido, a parte contrária pode questionar a admissibilidade. Se não for aceito, o recorrente pode buscar outros recursos legais, como o recurso em sentido estrito, para combater a decisão negativa ou impetrar alguma das ações impugnativas.

Vale destacar que o órgão superior, aquele que será responsável pelo processamento e julgamento do recurso (*juízo ad quem*) não está vinculado à decisão do órgão inferior, e também faz sua própria verificação dos pressupostos antes de julgar o mérito. Se os requisitos estiverem presentes, o mérito é analisado; se não, o recurso não é conhecido.

Já o que se denomina "juízo de libação ou mérito do recurso será feito apenas pelo juízo *ad quem*. Claro que há exceções ao que foi dito acima. Assim, o juízo *a quo* poderá fazer juízo de mérito do recurso" nas hipóteses em que o recurso seja passível de "juízo de retratação (como é o caso do recurso em sentido estrito, entre outros)".[994]

20.2.2 Efeitos dos Recursos

Os efeitos recursais, em sentido jurídico, referem-se às consequências que a interposição de um recurso provoca em relação à decisão ou sentença recorrida, assim como ao processo em que a decisão foi proferida, podendo ser devolutivo ou suspensivo.[995]

O efeito devolutivo é comum todas as espécies de recursos, a sua aplicação permite que o próprio juiz prolator ou a instância superior revise a matéria impugnada. Esse efeito devolve ao Judiciário o conteúdo da insatisfação manifestada no recurso, possibilitando inclusive a declaração de nulidade absoluta *ex officio* em favor do acusado.[996]

A doutrina denomina efeito devolutivo inverso, regressivo ou iterativo, "quando a espécie recursal permitir que o próprio juiz prolator reveja sua decisão antes que ela seja reapreciada por outro órgão judiciário de instância mais elevada, ocasião em que poderá reconsiderá-la" e, nesta hipótese, o recurso não terá prosseguimento "por ter perdido seu objeto". [997]

O efeito suspensivo, como o nome sugere, suspende os efeitos da decisão ou sentença até o julgamento do recurso. É um efeito excepcional, ocorre apenas quando expressamente previsto em lei. Em casos de omissão legislativa, pode ser obtido por provimento judicial específico, através de mandado de segurança, para evitar prejuízos irreparáveis. Assim, ao "ingressar com o recurso adequado e postular os dois efeitos, justificando a necessidade do efeito suspensivo imprevisto" [998], devendo demonstrar a fumaça do bom direito e o perigo da demora (veja: STJ/AgRg no AREsp 2680628/RJ). Recusado "este, deverá impetrar mandado de segurança com o único objetivo de consegui-lo, inclusive em sede de liminar". [999]

No entanto, sobre o tema, importante observar a Súmula 604 do STJ estabelece que o "mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público".[1000] Apesar da referida súmula a decisão cuja ementa é transcrita entende ser cabível a decretação de prisão preventiva por meio de uma medida cautelar inominada (ou seja,

uma medida não expressamente prevista na lei), para atribuir efeito suspensivo a um recurso em sentido estrito. Isso, segundo a decisão, não configura violação à Súmula 604 do STJ, que apenas impede o uso de mandado de segurança para suspender efeitos de um recurso criminal interposto pelo Ministério Público.

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO. ROUBO MAJORADO. EXTORSÃO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. CAUTELAR INOMINADA. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. É plenamente possível que seja proferida decisão monocrática pelo Relator, a qual está sujeita à apreciação do órgão colegiado mediante a interposição de agravo regimental, quando é possibilitada a realização de sustentação oral, não havendo falar em cerceamento de defesa ou ofensa ao princípio da colegialidade.*
> *2. Esta Corte Superior considera cabível a decretação de prisão preventiva por meio de medida cautelar inominada, apresentada com o objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito, não implicando ofensa à Súmula n. 604 do STJ, que é específica ao proibir o uso do mandado de segurança como via de atribuição de efeito suspensivo a recurso criminal da acusação.*
> *3. In casu, houve a indicação de fundamentação concreta no acórdão originário, apta a justificar a manutenção da prisão cautelar, destacando-se a necessidade de garantia da ordem pública e a razoabilidade do tempo de segregação preventiva, consideradas as circunstâncias do caso concreto.*
> *4. Agravo regimental não provido.*
> *(AgRg no HC n. 899.257/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/5/2024, DJe de 3/6/2024.)*

Há, ainda, o denominado efeito extensivo, tem o condão de ampliar o efeito devolutivo, se aplica quando, havendo corréus em situação idêntica, a decisão favorável a um deles se estende aos demais, nos termos do art. 580 do CPP, exceto quando os motivos forem de caráter exclusivamente pessoal. O STF admite sua aplicação inclusive em habeas corpus e revisões criminais, reforçando o princípio da igualdade. Contudo, o efeito extensivo não se aplica a corréu cujo recurso tenha sido improvido, e não pode ser utilizado para agravar a situação de quem não recorreu, conforme o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.[1001]

20.2.3 Deserção

É deserção "uma desistência implícita ou presumida, caracterizada pelo abandono do recurso, denotando, assim, a falta de interesse em seu prosseguimento"[1002]. Mougenot elenca como casos de deserção:

a) Nas ações penais privadas, o réu não paga as custas processuais nos prazos impostos em lei ou pelo juiz (art. 806, § 2º, do CPP).

b) O réu não "pagar as despesas do traslado quando a apelação for por instrumento, nos casos em que, havendo mais de um réu, ainda não foram julgados ou não tiverem apelado". Não é aplicável "essa situação quando o réu for declaradamente pobre (art. 601, §§ 1º e 2º)". [1003]

Sobre o tema, o STJ entende que que o preenchimento incorreto da guia de recolhimento, com indicação errada do processo no momento da interposição do recurso, resulta em deserção (perda do direito de recurso por falta de cumprimento das formalidades exigidas). Veja:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREENCHIMENTO ERRÔNEO DA GUIA DE RECOLHIMENTO. DESERÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.*
> *1. Este Superior Tribunal consolidou o entendimento de que "a irregularidade no preenchimento das guias do preparo, consistente na indicação errônea do processo, no ato da interposição do recurso, caracteriza a sua deserção (AgInt nos EAREsp 2.100.504/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 25/4/2023, DJe de 28/4/2023).*
> *2. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no RMS n. 71.112/GO, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do Trf1), Quinta Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 5/12/2023.)*

Ainda sobre a deserção ser aplicável em todos os tipos de ação pena, o entendimento doutrinário diverge quanto à exigência do preparo (pagamento de custas) para conhecimento de recursos. Alguns defendem que a falta de preparo só impede o recurso em

ação penal privada, desde que o réu não seja reconhecidamente pobre. Outros afirmam que, em razão da importância da liberdade do réu, não deveria ser exigido o pagamento de custas como condição para o recurso, mesmo quando o réu não é considerado pobre. "Vale dizer, para essa corrente, a única hipótese possível de deserção por ausência de preparo é quanto à interposição de recurso pelo querelante na ação penal privada". [1004]

20.3 Do recurso em sentido estrito

O recurso em sentido estrito, regulado pelos arts. 581 a 592 e 609 a 618 do CPP, serve para contestar decisões interlocutórias no processo penal, embora nem todas as decisões interlocutórias sejam recorríveis. Badaró compara esse recurso ao agravo existente no processo civil (CPC).[1005]

20.3.1 Hipóteses de Cabimento do Recurso em Sentido Estrito

As hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito (RESE) estão previstas no art. 581 do CPP e na legislação extravagante.

As hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito previstas na legislação extravagante incluem situações não reguladas diretamente no Código de Processo Penal (CPP), mas em leis esparsas, algumas delas: a) Decreto-lei n. 201/67, contra decisões que concedem ou negam prisão preventiva ou afastamento do cargo de prefeitos; b) Lei n. 1.508/50, em face de decisões que arquivam representações populares em contravenções como o jogo do bicho e corrida de cavalos fora de hipódromos. Contudo, essa previsão foi afetada pela Lei nº 13.964/2019, que transfere a competência de arquivamento ao Ministério Público; c) Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), para impugnar decisões

que suspendem cautelarmente a habilitação para dirigir ou que indeferem requerimentos do Ministério Público.[1006]

O legislador enumerou taxativamente as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito (RESE) no Código de Processo Penal (CPP), sugerindo que não há espaço para ampliação por analogia, mas permitindo interpretação extensiva, segundo entendimento jurisprudencial.

Assim, é permitido o cabimento do RESE em casos semelhantes aos previstos em lei, como o indeferimento de aditamento da denúncia ou questões relacionadas à suspensão condicional do processo e produção antecipada de provas. Veja:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.*
> *1. A Terceira Seção, no julgamento dos EREsp n. 1.630.121/RN, sufragou a possibilidade de interpretação extensiva do rol taxativo do art. 581 do CPP. Não se trata de admitir ampliação das hipóteses para abranger situação que o legislador pretendeu excluir, mas de reconhecer o conteúdo mais amplo da lei processual.*
> *2. Se o recurso em sentido estrito é cabível contra decisão que ordenar a suspensão do processo, a produção antecipada de provas, como providência de natureza cautelar que decorre e está inserida no contexto da aplicação do art. 366 do CPP, pode ser inserida na hipótese do art. 581, XVI, do CPP. A interposição do reclamo, conquanto não prevista literalmente no texto da lei, se enquadra em sua disposição.*
> *3. Agravo regimental não provido.*
> *(AgRg no REsp n. 1.723.538/SE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 4/6/2020.)*

Assim, o art. 581 elenca de maneira taxativa, embora admissível interpretação extensiva, as decisões impugnáveis por meio de RESE:

> *Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:*
> *I - que não receber a denúncia ou a queixa;*
> *II - que concluir pela incompetência do juízo;*
> *III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;*
> *IV – que pronunciar o réu; (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)*
> *V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; (Redação dada pela Lei nº 7.780, de 22.6.1989)*
> *VI - (Revogado pela Lei nº 11.689, de 2008)*
> *VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;*

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;
IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;
X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus;
XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;
XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;
XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;
XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;
XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;
XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;
XVII - que decidir sobre a unificação de penas;
XVIII - que decidir o incidente de falsidade;
XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;
XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;
XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;
XXII - que revogar a medida de segurança;
XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;
XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.
XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei.

1) Da decisão que não receber a denúncia ou a queixa (inciso I): a rejeição da denúncia (CPP, art. 395) ou da queixa-crime impede a instauração do processo e o exercício do direito de ação, obstando a prestação jurisdicional. Apesar de ser uma decisão terminativa, o legislador a incluiu entre as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, ou seja, de tal decisão não cabe apelação mas RESE. No entanto, na legislação vigente, há uma exceção em que a rejeição da denúncia ou queixa comporta apelação: aquela ocorrida no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, conforme previsto no art. 82 da Lei 9.099/1995.

Sendo o caso de rejeição de denúncia ou queixa-crime nos crimes de competência originária dos tribunais, tal decisão será recorrível por meio de agravo regimental, observando-se as normas regimentais do tribunal respectivo.

Voltando à hipótese do inciso I, para garantir o contraditório e a ampla defesa, o recorrido deve ser intimado para apresentar contrarrazões ao recurso, mesmo antes de instaurado o processo, isso em razão de que não houve citação do réu. O STF pacificou o tema com as Súmulas 707 e 709:

> *-Súmula 707: A falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso da rejeição da denúncia é nula, e a nomeação de defensor dativo não corrige essa falha.*
> *-Súmula 709: Quando o tribunal acolhe o recurso contra a rejeição da denúncia, o acórdão já implica no recebimento da denúncia, dispensando nova decisão do juízo de origem, salvo se a decisão de primeira instância for nula.*

Se houver rejeição parcial da denúncia ou queixa, também caberá recurso em sentido estrito em relação à parte rejeitada. Contra o recebimento da denúncia, caberá *habeas corpus* em casos de constrangimento ilegal, visto que não há possibilidade de interposição de RESE.

2) Da decisão que concluir pela incompetência do juízo (inciso II): trata-se de uma decisão interlocutória que apenas transfere a competência entre juízes, sem encerrar o processo. Aqui, o próprio juiz reconhece sua incompetência e determina a remessa dos autos ao juízo competente. Embora não haja recurso específico contra a decisão que reconhece a competência do juízo, é possível impugná-la por meio de habeas corpus (ação impugnativa), a fim de garantir o princípio do juiz natural.

Importante mencionar que hipótese prevista no art. 581, II, do CPP refere-se à decisão em que o magistrado, *ex officio*, reconhece a incompetência do juízo, e não ao julgamento de exceção de incompetência. Esse dispositivo também se aplica ao recurso em sentido estrito contra decisões do Tribunal do Júri que desclassificam crimes dolosos contra a vida para outros sem essa

natureza (art. 419 do CPP), já que tal decisão implica reconhecimento da incompetência do júri. [1007]

Se o juiz desclassifica o crime doloso contra a vida para outro da mesma natureza, como homicídio para infanticídio, isso não se enquadra como desclassificação (art. 419 do CPP), mas como pronúncia por crime diverso, sendo cabível o RESE com fulcro no art. 581, IV, do CPP.

Importante explicar que incompetências *ratione materiae* e *ratione personae* são absolutas e podem ser declaradas de ofício, enquanto a incompetência *ratione loci* é relativa, devendo ser arguida pela parte interessada, conforme a Súmula 33 do STJ, que estabelece que a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício pelo magistrado.[1008]

3) Da decisão que julga procedentes as exceções, salvo a de suspeição (inciso III): a decisão que acolhe a exceção de coisa julgada, litispendência ou ilegitimidade de parte (*ad causam*) é terminativa, sem julgamento de mérito, e deveria comportar apelação, mas o CPP prevê recurso em sentido estrito. Se a exceção for rejeitada, não há recurso, exceto em caso de flagrante ilegalidade, cabendo habeas corpus ou mandado de segurança a depender da situação concreta. A procedência da exceção de incompetência é interlocutória, permitindo recurso em sentido estrito, mas a rejeição da incompetência só admite *habeas corpus* em casos extremos de ofensa ao princípio do juiz natural.

Quanto à exceção de suspeição, se julgada procedente, o processo é suspenso e enviado ao substituto, sem cabimento de recurso em sentido estrito. Se a suspeição for rejeitada pelo juiz que arguido, os autos são remetidos à Instância Superior para processamento da exceção, também sem previsão de recurso.

4) Da decisão que pronunciar o réu (inciso IV): encerrada a fase do sumário da culpa no tribunal do júri (primeira fase do procedimento), contra a decisão de pronúncia cabe recurso em sentido estrito, que pode ser interposto pelo réu, Ministério Público, querelante ou ofendido. O STF entende que a vítima pode recorrer, inclusive, para pedir a inclusão de qualificadora. Já a impronúncia, desde a Lei n. 11.689/2008, é impugnada por meio de apelação.

Assim, sendo a decisão de pronúncia uma decisão interlocutória mista não terminativa, que encerra a primeira fase do julgamento de crimes dolosos contra a vida (*judicium accusationes*) e inicia a segunda fase (*judicium causae*), sem extinguir o processo, seu questionamento se dá por meio de RESE. Destarte, se houver indícios de autoria e materialidade, o réu é pronunciado (art. 413 do CPP), sendo submetido ao Tribunal do Júri. Caso não existam provas suficientes, o réu é impronunciado (art. 414 do CPP), decisão que extingue o processo, mas permite reabertura com novas provas. A impronúncia e a absolvição sumária (art. 415 do CPP) têm natureza de interlocutória mista terminativa, sendo ambas impugnáveis por apelação e gerando, respectivamente, coisa julgada formal e material.

5) Da decisão que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante (inciso V): a concessão da fiança, prevista nos arts. 322 e seguintes do CPP, pode ser impugnada por recurso em sentido estrito, até mesmo quando o juiz confirma o arbitramento feito pela autoridade policial. As partes podem recorrer para discutir o valor da fiança, seja por considerá-lo insuficiente ou

exagerado. A fiança pode ser cassada se for inaplicável ou se houver reclassificação para delito inafiançável (arts. 338 e 339). Considera-se inidônea quando a fiança é insuficiente ou há depreciação dos bens, exigindo reforço (art. 340).

Assim, quanto à prisão preventiva, cabe recurso contra decisões que indefiram sua decretação ou ordenem a soltura após sua decretação, bem como contra a concessão de liberdade provisória ou relaxamento de prisão em flagrante. No entanto, decisões que decretam prisão preventiva, indeferem o relaxamento de flagrante ou negam liberdade provisória são irrecorríveis, sendo passíveis de *habeas corpus*. A jurisprudência também admite o uso do RESE em indeferimentos de prisão temporária ou medidas cautelares diversas da prisão.

6) Da sentença que absolver sumariamente o réu (inciso VI): o inciso em análise foi revogado pela Lei n. 11.689/2008, a partir de tal alteração a decisão que absolve sumariamente o réu passou a ser impugnada por meio do recurso de apelação (art. 416).

7) Da decisão que julgar quebrada a fiança ou perdido seu valor (inciso VII): a fiança é considerada quebrada nas seguintes situações: a) quando o réu mudar de residência ou se ausentar por mais de 8 dias sem permissão ou aviso à autoridade processante (arts. 327 e 328); b) quando o réu, embora devidamente intimado, não comparecer a atos do processo e não apresentar justificativa, obstruir o andamento do processo, inadimplir medidas cautelares, resistir a ordens judiciais, ou perpetrar nova infração penal dolosa (art. 341).

Destarte, o valor da fiança será perdido (ocorrerá o perdimento) se o condenado não se apresentar à prisão (art. 344), em tal hipótese, após abatidas as custas e outros encargos a que o acusado for obrigado, o valor da fiança será arrecadado ao fundo penitenciário (art. 345). Contra a decretação de quebra da fiança ou perdimento de seu valor, cabe recurso em sentido estrito.

8) Da decisão que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade (inciso VIII): é cabível o recurso em sentido estrito contra decisões que reconheçam ou neguem causas extintivas de punibilidade, como a prescrição. Decisões na execução penal são impugnáveis por agravo (art. 197 da LEP).

A doutrina aponta um equívoco do texto legal ao indicar o RESE como o cabível contra a decretação de extinção da punibilidade. Como essa decisão é terminativa de mérito, pois encerra o processo, o recurso adequado seria a apelação, e não o recurso em sentido estrito, mesmo que não trate diretamente de autoria ou materialidade[1009], todavia, deve-se interpor o recurso que a lei prevê, qual seja: RESE.

No entanto, se a extinção da punibilidade for decretada em âmbito da execução penal (art. 66, II, da Lei 7.210/1984), o recurso admissível será o agravo conforme disposição do art. 197 da Lei de Execuções Penais, tal recurso é o apropriado a toda decisão proferida em execução penal.

9) Da decisão que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade (inciso IX): o indeferimento do pedido de extinção da punibilidade é uma decisão interlocutória simples, já que não termina o inquérito ou ação penal. O recurso em sentido estrito (RESE) é cabível quando tal decisão não

acontece na sentença condenatória (em tal hipótese o recurso cabível é o de apelação) ou na execução penal (agravo). O Código de Processo Penal também autoriza a impetração de *habeas corpus* contra essa decisão (art. 648, VII do CPP), mas o RESE é a regra, reservando a ação constitucional, *habeas corpus*, para casos excepcionais, como quando o prazo do recurso já tiver decorrido.[1010]

10) Da decisão que conceder ou negar a ordem de habeas corpus (inciso X): o RESE pode ser utilizado para impugnar decisão de juiz de primeiro grau que concede, nega ou julga prejudicado um *habeas corpus*.

No entanto, não cabe RESE contra decisões de tribunais sobre *habeas corpus*. Quando o HC for decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se a decisão for denegatória, o recurso cabível é ordinário constitucional, nos termos do art. 102, II, a, da CF.

Sobre o tema, convém citar a Súmula 691 do STF: "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar".

Além do RESE, o art. 574, inciso I, do CPP prevê o recurso de ofício em casos de concessão de habeas corpus. A doutrina também reconhece que o assistente de acusação tem legitimidade para interpor RESE contra a concessão de habeas corpus, mas apenas na fase judicial, em que sua atuação é permitida.[1011]

11) Da decisão que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena (inciso XI): esse inciso foi revogado pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), a qual prevê o agravo como recurso contra decisões que concedem, negam ou revogam a suspensão condicional da pena (*sursis*). Quando a sentença condenatória é quem dispõe sobre o

sursis, a apelação é o recurso cabível (art. 593, § 4º), ainda que o objeto seja apenas a concessão ou cassação do benefício. Esta orientação também se aplica à suspensão condicional do processo, nos termos do art. 92 da Lei n. 9.099/95 e decisões do STJ (STJ, HC 103.053/SP).

12) Da decisão que conceder, negar ou revogar livramento condicional (inciso XII): inciso também revogado tacitamente pela LEP, pois a decisão em comento é recorrida por agravo em execução.

13) Da decisão que que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte (inciso XIII): em hipóteses de anulação de atos processuais, a decisão é uma interlocutória, e a parte prejudicada pode impugná-la via recurso em sentido estrito. Contudo, o recurso geralmente perde o sentido prático, pois dificilmente será julgado antes da repetição dos atos anulados. Se o juiz negar o pedido de anulação, não cabe recurso, exceto em casos graves (teratológicos), quando o réu pode impugnar via *habeas corpus* ou a parte prejudicada pode reiterar a questão em preliminar de futura apelação.[1012]

14) Da decisão que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir (inciso XIV): a decisão que exclui ou inclui jurado na lista geral é considerada como interlocutória mista terminativa, pois, após o trânsito em julgado, encerra o procedimento de escolha dos jurados para o Tribunal do Júri do ano seguinte. O juiz-presidente alista os jurados anualmente, e contra a composição dessa lista é possível interpor RESE, nos termos do art. 581, XIV, do CPP.

Esse recurso, embora pouco manejado na prática forense, é importante para garantir a correção da lista de jurados, que

representam a sociedade nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida. O RESE nesse caso tem regras especiais: deve ser interposto no prazo de 20 dias e julgado pelo desembargador-presidente do tribunal. Pode ser oferecido pelo Ministério Público, advogados ou qualquer pessoa residente na comarca, abarcando o próprio jurado afetado.[1013]

15) Da decisão que denegar a apelação ou a julgar deserta (inciso XV): o RESE é cabível em face de decisão que nega seguimento à apelação, quando o magistrado realiza o juízo de admissibilidade do recurso, ou seja, o juízo de prelibação. O RESE visa tão somente à contestação da negativa do seguimento da apelação, não da sentença apelada. Se o juiz não admite o RESE contra essa decisão, pode-se utilizar a carta testemunhável como meio de impugnação do RESE, a fim de analisar o não recebimento da apelação.

Frise-se que a decisão que admite a apelação é irrecorrível, sendo avaliada em momento oportuno pelo tribunal. A parte do dispositivo que versava sobre a deserção da apelação perdeu relevância, pois a Lei n. 12.403/2011 revogou o art. 595 do CPP, que previa deserção em caso de fuga do réu após a interposição do recurso. A doutrina já entendia pela não recepção do art. 595 pela CF e em 2008 o STJ editou a súmula n. 347: "O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão."

16) Da decisão que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial (inciso XVI): a decisão que suspende um processo penal em razão de questões prejudiciais heterogêneas tem natureza de decisão interlocutória simples, pois não resulta na extinção do processo, apenas em sua suspensão temporária, ou seja, até

> a resolução da questão prejudicial de maneira definitiva (questão prejudicial obrigatória) ou pelo prazo assinalado pelo juiz (questão prejudicial facultativa). É de se relembrar que as questões prejudiciais são reguladas pelos artigos 92 a 94 do Código de Processo Penal (CPP) e dizem respeito a aspectos que podem influenciar diretamente a tipicidade da conduta imputada ao réu no processo criminal.

Assim, as questões prejudiciais podem ser obrigatórias ou facultativas. No caso das questões relacionadas ao estado das pessoas, previstas no artigo 92 do CPP, a suspensão do processo é obrigatória. Por outro lado, quando a questão prejudicial não envolve o estado das pessoas, nos termos do artigo 93 do CPP, a suspensão do processo é facultativa. Isso significa que o juiz tem a liberdade de decidir se suspenderá o processo penal para aguardar o desfecho da ação cível ou se dará continuidade ao julgamento sem esperar essa resolução.

Quando o juiz opta por suspender o processo penal em razão de uma questão prejudicial extrapenal, seja ela obrigatória ou facultativa, a parte prejudicada pela suspensão pode interpor um recurso em sentido estrito (RESE), conforme previsto no artigo 581, inciso XVI, do CPP. A suspensão do processo penal também resulta na suspensão do prazo prescricional, conforme disposto no artigo 116, inciso I, do Código Penal.

Dessa forma, a legislação prevê a possibilidade do recurso em sentido estrito tanto para questões de suspensão obrigatória quanto facultativa, com o objetivo de proteger as partes contra possíveis equívocos.

Por fim, importante mencionar que a decisão que nega a suspensão não pode ser impugnada por recurso em sentido estrito (conforme o art. 93, § 2º). Nesses casos, a questão deve ser abordada

em preliminar de apelação ou, em determinadas situações, por ação impugnativa de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

17) Da decisão que decidir sobre a unificação de penas (XVII): A unificação de penas ocorre quando um indivíduo é condenado em processos distintos, nos quais os crimes são considerados em concurso formal perfeito (art. 70, primeira parte, do Código Penal) ou configuram crime continuado (art. 71 do Código Penal). Tal unificação ocorre na fase de execução penal (art. 66, III, "a", da Lei 7.210/1984). O recurso cabível é o agravo em execução (art. 197 da LEP), tornando revogada a previsão do recurso em sentido estrito para essa situação no art. 581, inciso XVII, do CPP.

18) Da decisão que decidir o incidente de falsidade (inciso XVIII): a norma trata da decisão em processo incidente instaurado para verificar a autenticidade de um documento suspeito de falsidade. O recurso, independentemente do resultado da decisão, pode ser interposto pelo acusado, Ministério Público ou querelante.

19) Da decisão que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado (inciso XIX): somente o juiz da execução penal pode aplicar medida de segurança após o trânsito em julgado, tal ocorre quando o condenado apresentar problemas mentais durante a execução da pena. Em tal hipótese, a pena privativa de liberdade será convertida em medida de segurança, nos termos do disposto no art. 183 da Lei 7.210/1984, de forma definitiva. Diferentemente do art. 41 do Código Penal, que prevê internação temporária para tratamento, a conversão da pena é permanente, e o indivíduo, uma vez recuperado, não retornará à prisão. A medida de segurança será extinta com

a cessação da periculosidade. Como essa decisão é exclusiva da Vara de Execuções Criminais, o inciso XIX do CPP foi tacitamente revogado, sendo cabível o agravo em execução, e não o recurso em sentido estrito.[1014]

20) Da decisão que impuser medida de segurança por transgressão de outra (inciso XX): é o caso do incidente da execução disposto no art. 184 da Lei de Execução Penal: "o tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida". É o caso, por exemplo, de uma medida de segurança ambulatorial, que descumprida é substituída pela internação. Tal dispositivo foi revogado tacitamente pela Lei de Execução Penal, na hipótese cabe agravo (art. 197 da LEP).

21) Da decisão que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774 (inciso XXI): a decisão sobre a manutenção ou substituição de medida de segurança deve ser tomada durante o curso da execução penal, nos termos dos arts. 175 a 179 da LEP. Portanto, o recurso cabível é o agravo em execução (art. 197 da LEP), e não o recurso em sentido estrito. Dispositivo revogado tacitamente pela LEP.

22) Da decisão que revogar a medida de segurança (inciso XXII): dispositivo revogado tacitamente pela LEP. Assim, a desinternação ou liberação de um agente, de acordo com o art. 179 da LEP, pode ser impugnada por agravo (art. 197 da LEP). Nesse caso, segundo entendimento de Nucci, o agravo terá efeito suspensivo, por exceção.[1015]

23) Da decisão que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação (inciso XXIII):

hodiernamente, o termo correto é “desinternação” em vez de “revogação” de medida de segurança como bem explicado por Renato Marcão. Tal ocorre após a constatação pericial da cessação de periculosidade (LEP, arts. 175 a 179). A decisão sobre desinternação está no âmbito da execução penal e pode ser impugnada por agravo em execução (LEP, art. 197).[1016] Sendo que tal dispositivo também foi revogado pelo LEP.

24) Da decisão que converter a multa em detenção ou em prisão simples (inciso XXIV): tal dispositivo foi revogado tacitamente diante da impossibilidade jurídica de tal decisão.

De fato, a conversão de multa em prisão, antes permitida pelo art. 51 do Código Penal, foi suprimida pela Lei 9.268/1996, que passou a considerar a multa como dívida de valor, aplicável às normas de dívida ativa da Fazenda Pública, impossibilitando sua conversão em prisão. Caso o juiz converta a multa em prisão, essa ação seria ilegal e passível de habeas corpus. Por muitos anos, os tribunais entendiam que a multa deveria ser executada na Vara da Fazenda Pública, sendo a Procuradoria da Fazenda responsável pela cobrança. No entanto, em 2018, o STF alterou essa orientação, atribuindo ao Ministério Público a responsabilidade de cobrar a multa em Vara de Execução Criminal. A Procuradoria da Fazenda Pública poderia atuar apenas se o Ministério Público permanecesse inerte por 90 dias após o trânsito em julgado. A Lei 13.964/2019, por sua vez, modificou o art. 51 do Código Penal, determinando que a multa seja executada exclusivamente pelo juiz da execução penal, afastando a competência da Vara de Execução Fiscal. Assim, a cobrança da multa é de atribuição exclusiva do Ministério Público,

superando a interpretação anterior do STF e tornando a Súmula 521 do STJ obsoleta. [1017]

25) Da decisão que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei (inciso XXV): o acordo de não persecução penal, introduzido no CPP pela Lei n. 13.964/2019, permite ao Ministério Público propor um acordo ao investigado que confesse a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos, desde que não seja caso de arquivamento. O acordo, que visa à reprovação e prevenção do crime, deve ser formalizado por escrito e homologado pelo juiz. Se o juiz considerar as condições inadequadas ou abusivas, poderá devolver o caso ao Ministério Público para ajustes ou recusar a homologação se os requisitos legais não forem atendidos. Contra essa decisão, cabe recurso em sentido estrito.

É de se ressaltar que a homologação de um acordo ilegal, inobstante não exista recurso, "enseja a propositura de habeas corpus. Não cabe recurso em sentido estrito, pois o inciso XXV é claro ao estipular que o cabimento do recurso se dá no caso de recusa da homologação apenas".[1018]

20.3.2 Prazo e Interposição do RESE

Acerca do prazo para interpor o recurso dispõe o art. 586 do CPP: "o recurso voluntário poderá ser interposto no prazo de cinco dias. Parágrafo único. No caso do art. 581, XIV, o prazo será de vinte dias, contado da data da publicação definitiva da lista de jurados".

Em termos gerais, o prazo para o RESE é de cinco dias, contados a partir da ciência dessa decisão, salvo exceções previstas em lei. Uma vez apresentada a peça de interposição do recurso, o prazo para

apresentação das razões é de 2 dias, nos termos do art. 588 do CPP, igual prazo é para apresentação de contrarrazões pelo recorrido.

A exceção ao prazo de 5 dias para interpor ao RESE está prevista no parágrafo único supratranscrito, o qual se refere ao art. 581, inciso XIV, que trata do recurso em sentido estrito contra decisões relativas à exclusão ou inclusão de jurados na lista geral que comporá o Tribunal do Júri. Nesse caso, o prazo para interpor o recurso é dilatado para vinte dias, e começa a contar a partir da publicação definitiva da lista de jurados.

Outra exceção ao referido prazo de 5 dias é o RESE apresentado pelo assistente de acusação não antecipadamente habilitado, no que diz respeito à extinção da punibilidade do réu. Nesta hipótese, o prazo é de 15 dias, contados a partir do prazo final do Ministério Público, conforme art. 584, § 1.º, c/c o art. 598, parágrafo único.

O RESE pode ser interposto por petição ou por termo nos autos, conforme o art. 587 do CPP. As razões do recurso não precisam ser apresentadas imediatamente e podem ser entregues até dois dias após, nos termos do art. 588 do CPP. Embora o dispositivo sugira que o prazo deva correr automaticamente após a interposição ou traslado, entende-se que o prazo começa a contar apenas após a intimação do recorrente para apresentar suas razões.

Por fim, importante explicar que o prazo de 5 dias para interposição é peremptório, uma vez que não exista respeito ao lapso temporal, o recurso não será conhecido por ser intempestivo. Por outro lado, quanto ao prazo relativo às razões recursais, sua inobservância é mera irregularidade, não acarretando nenhum prejuízo ao recorrente, este entendimento é pacificado pela jurisprudência, veja:

> *[...] salienta-se que a apresentação das razões do recurso em sentido estrito fora do prazo legal - tendo a interposição deste inconformismo sido interposta na data correta -, não é motivo para o não conhecimento da insurgência por suposta*

intempestividade, tratando-se de mera irregularidade (STJ - HC n. 939.355, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 12/09/2024).

20.3.3 Efeitos

O recurso em sentido estrito possui efeito devolutivo, comum a todos os recursos, podendo excepcionalmente ter efeito suspensivo em casos específicos, nos termos do art. 584 do CPP, a saber: a) decisão que decreta o perdimento da fiança; b) decisão que denega a apelação ou a julga deserta; c) decisão que julga a quebra da fiança, quanto à perda de metade do valor; d) decisão de pronúncia, suspendendo apenas o julgamento pelo júri, mas mantendo outros efeitos, como a prisão do acusado.

Sobre a decisão de pronúncia, importante explicar que o art. 585 do CPP, que previa a prisão automática após a decisão de pronúncia, foi revogado tacitamente, de modo que não é requisito para a interposição de RESE. Atualmente, a decisão de pronúncia exige uma análise específica sobre a necessidade de prisão preventiva, conforme disposto no artigo 413, §3º do CPP.

Sobre o efeito do RESE, a jurisprudência do STJ veta o uso de mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a esse recurso, quando não previsto em lei, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou de teratologia jurídica.

HABEAS CORPUS. ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. RELAXAMENTO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MP. OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO NO RESE POR MEIO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA.
1. Não se mostra cabível o efeito suspensivo atribuído ao recurso em sentido estrito, concedido em mandado de segurança por falta de amparo legal, que só pode ser excepcionado em casos de flagrante ilegalidade ou de teratologia jurídica, o que, definitivamente, não ficou demonstrado na decisão impugnada.
2. O Juiz de primeiro grau, ao homologar a prisão em flagrante, não entendeu prudente a prisão preventiva, mas a imposição de cautelares alternativas, com suporte nas peculiaridades do caso concreto, pois, além da primariedade do réu, o delito não foi praticado com emprego de arma de fogo (apenas com simulacro).
3. Não há teratologia que justifique suplantar a impossibilidade de utilização da via mandamental para emprestar efeito suspensivo a recurso em sentido estrito e, por

conseguinte, determinar a constrição cautelar.
4. Ordem concedida para cassar o decisum recorrido, que concedeu efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, e restabelecer a decisão proferida pelo Juiz de primeiro grau.
(HC n. 439.939/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/6/2018, DJe de 1/8/2018.)

Outrossim, decisões sobre livramento condicional ou unificação de penas não têm mais efeito suspensivo mencionado pelo RESE, pois houve a revogação pela LEP. Além disso, o recurso tem efeito devolutivo inverso ou juízo de retratação, permitindo ao juiz rever sua decisão antes de encaminhá-la a instância superior (art. 589 do CPP).

20.3.4 Do Processamento do Recurso em Sentido Estrito

O recurso em sentido estrito pode ser processado de duas formas: nos próprios autos, para decisões terminativas (art. 583 do CPP), hipótese em que os autos sobre ao tribunal juntamente com o recurso. São exemplos, a decisão que rejeita denúncia, julga procedente exceção, extingue punibilidade ou julga *habeas corpus*, em tais casos o recurso segue nos próprios autos.

A outra forma de processamento do RESE é com formação de instrumento, o que ocorre nas demais hipóteses (art. 587 do CPP). Também, quando há mais de um réu ou outros casos, forma-se instrumento, e o recorrente deve indicar as peças a serem trasladadas. Após as razões e contrarrazões, o juiz pode manter, reformar parcialmente ou totalmente a decisão, e o recurso é encaminhado ao tribunal competente para julgamento. Decisões de inclusão ou exclusão de jurado são julgadas pelo presidente do tribunal competente.

No caso de juízo de retratação, previsto no art. 589 do CPP, ou seja, a possibilidade de o juiz revisar sua própria decisão, devido ao efeito devolutivo inverso. Assim, ao receber o RESE (realizar juízo de

prelibação) o juiz deve fundamentar se mantém ou reforma a decisão, e, caso não o faça, o tribunal pode devolver os autos para essa análise.

Se o juiz modificar seu posicionamento com base em novos argumentos ou provas, ele deverá reformar a decisão de forma fundamentada. Após a retratação, a parte contrária pode recorrer da nova decisão (a decisão retratada), sem necessidade de apresentar novas razões. No entanto, só é cabível RESE da decisão retratada, se a nova decisão permitir recurso em sentido estrito, em tais hipóteses, o interessado pode solicitar a remessa do recurso à instância superior por simples petição, sem novos argumentos. A retratação só ocorre uma vez, e, após isso, os autos seguem para o tribunal.

Caso a decisão retratada não seja impugnável por RESE, o afetado pela nova decisão pode tentar impugnar por meio das ações autônomas impugnativas, a depender da situação concreta.

Quanto ao endereçamento da petição de interposição do RESE, convém explicar que é sempre interposto no juízo onde a decisão foi proferida, mas deve ser endereçado ao tribunal competente para a revisão (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou Tribunal Regional Eleitoral, conforme o caso).

Embora o art. 582 mencione o termo “tribunal de apelação”, com a vigência da CF/88, tal se refere aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Turmas Recursais etc.

As exceções previstas no art. 582 do CPP, referentes a fiança, habeas corpus e inclusão/exclusão de jurado, foram parcialmente revogadas. Persistindo apenas ao caso de inclusão/exclusão de jurado, neste caso, o recurso é dirigido ao presidente do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal (inciso XIV).

Assim, da decisão proferida por juiz estadual, o endereçamento é ao Tribunal de Justiça, por juiz federal ao TRF, e, em matéria eleitoral, ao TRE. Em casos de competência de Juizados Especiais Criminais, o recurso deve ser enviado à Turma Recursal competente.

Importante mencionar que em casos de pluralidade de réus em uma pronúncia, se alguns não recorrerem, a decisão transita em julgado para eles, sendo o caso encaminhado ao Tribunal do Júri. Para os que recorrem, forma-se um traslado (instrumento) para que o recurso seja apreciado sem interromper o andamento do processo principal. Se um réu não for intimado, o recurso de outro réu gera o traslado. A Lei 11.689/2008 facilitou a intimação da pronúncia, conforme disposto no art. 420 do CPP, tornando essa exigência do art. 583, parágrafo único, uma mera formalidade.[1019]

20.4 Da apelação

O recurso de apelação está previsto no arts. 593 ao 603 do CPP. É um recurso que visa à reanálise, por um tribunal de segunda instância, das decisões proferidas por um juiz de primeiro grau, normalmente em sentenças definitivas ou que tenham essa força. Esse recurso é amplo, permitindo que toda a matéria decidida seja reavaliada, e residual, ou seja, só cabível quando não há previsão de recurso em sentido estrito.

A parte pode interpor apelação total ou parcial, dependendo se o recurso ataca a decisão integralmente ou apenas parte dela. Quando o recurso não especifica limitações, presume-se que seja total. O § 4º do art. 593 dispõe que: "quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.

O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* rege a apelação, estabelecendo que o tribunal só pode julgar as questões

levantadas no recurso. Contudo, alguns defendem que esse princípio não se aplica em casos que favorecem o réu (*reformatio in mellius*), em tais casos, especialmente em matéria de ordem pública, como nulidades ou prescrição, o tribunal pode conhecer a matéria de ofício.

O escopo da apelação é determinado no momento da interposição, não podendo ser ampliado ou reduzido nas razões do recurso.

A apelação pode ser principal, quando interposta pelo Ministério Público, ou subsidiária, quando o ofendido a interpõe após o prazo recursal do MP, nos termos do art. 598 do CPP, a qual, nesta hipótese, será interposta no prazo de e quinze dias contado do dia em que terminar o do Ministério Público.

Além disso, pode seguir o rito ordinário ou sumário, conforme o procedimento previsto para sua tramitação.

20.4.1 Das hipóteses de cabimento

O art. 593 trata das hipóteses de cabimento da apelação:

> *Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*
> *I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;*
> *II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;*
> *III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:*
> *a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;*
> *b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;*
> *c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;*
> *d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.*

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular: são aquelas sentenças que resolvem o mérito da causa, extinguindo o processo, seja pela condenação ou absolvição do réu. Aplica-se também às absolvições sumárias proferidas em processos de competência do Júri ou do juiz singular (arts. 397, 416),

exceto quando houver extinção da punibilidade, que é impugnável por meio de recurso em sentido estrito.

Há entendimento no sentido de ser cabível apelação do réu para alterar o fundamento da absolvição, devido aos impactos que a sentença pode ter em outras esferas do direito e na sociedade. Uma absolvição por insuficiência de provas permite que a vítima ingresse com ação civil, reiniciando a fase probatória. Já a absolvição por legítima defesa impede essa possibilidade. Além disso, para o réu, é mais favorável que sua absolvição seja fundamentada em uma exclusão de ilicitude do que por insuficiência de provas, pois a primeira legitima sua conduta, já a segunda deixa dúvidas. Esse reflexo social e jurídico valida o interesse em alterar o fundamento da absolvição. A jurisprudência diverge, com casos em que a alteração do fundamento foi acolhida, e outros em que o interesse recursal foi rejeitado por não haver consequências penais ou extrapenais significativas.[1020]

No que diz respeito à apelação do réu em casos de prescrição, a jurisprudência majoritária entende que, comprovada a prescrição, o tribunal não julga o mérito da questão, apenas decreta a extinção da punibilidade. Isso é visto como válido, pois a prescrição elimina a pretensão punitiva do Estado, produzindo, na prática, o mesmo efeito de apagar a infração penal, sem consequências negativas para o réu. [1021]

II - Decisões definitivas ou com força de definitivas proferidas por juiz singular: são as decisões que encerram o processo (com julgamento de mérito ou sem ele). Incluem decisões que encerram processos cautelares ou principais, como incidentes de restituição de coisa apreendida (120, § 1.º, CPP), ou interlocutórias que finalizam uma fase procedimental, juntamente com o fim do processo, como a

impronúncia (art. 413). Cabe a apelação em tais casos apenas naqueles que não cabem RESE, eis que a apelação é um recurso residual.

III - Decisões do Tribunal do Júri: a apelação das decisões do Tribunal do Júri, por se tratar de recurso com fundamentação vinculada, deve obrigatoriamente ser baseada em uma das hipóteses do inciso III do art. 593 do CPP. A parte recorrente precisa mencionar claramente o motivo do recurso na petição ou termo de interposição, e o tribunal não pode julgar o recurso com base em outro fundamento. Esse recurso tem um caráter restrito, limitando a análise à matéria específica devolvida ao tribunal, preservando assim a soberania dos veredictos. O princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* também se aplica, ou seja, o tribunal só pode ponderar os elementos indicados pelo recorrente. Se o recurso invocar mais de um fundamento, como as alíneas c e d do inciso III, o tribunal deve obrigatoriamente examinar ambos os pontos.[1022]

Sobre o tema, cumpre mencionar a Súmula 713 do STF: "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição". Ou seja, o tribunal só pode julgar aquilo que foi expressamente impugnado.

As alíneas descritas no inciso III, são descritas a seguir.

a) Nulidade posterior à pronúncia: refere-se a vícios processuais ocorridos após a pronúncia (já que da decisão de pronúncia – e todas as nulidades até tal decisão – cabe RESE) que devem ser arguidos oportunamente, sob pena de convalidação, salvo as nulidades absolutas.

b) Sentença do juiz-presidente contrária à lei ou à decisão dos jurados: ocorre quando o juiz não reflete o veredicto dos

jurados ou age contra texto expresso da lei. Nesse caso, o tribunal retifica a sentença. É o caso de uma causa de diminuição de pena reconhecida pelo conselho de sentença, mas não aplicada pelo juiz presidente, neste caso, não haverá novo julgamento, mas apenas a correção do erro pelo tribunal *ad quem*.

c) Erro ou injustiça na aplicação da pena ou medida de segurança: a hipótese é aplicada quando há erro na fixação da pena ou medida de segurança, como a aplicação sem observar os parâmetros legais, ou quando a decisão proferida pelo juiz presidente é considerada injusta. A apelação, portanto, busca corrigir a dosimetria da pena. Destarte, o tribunal pode alterar penas excessivamente altas para réus primários ou excessivamente brandas para reincidentes, assim como medidas de segurança incompatíveis com a doença mental do réu, caso não exista fundamentação razoável e/ou o juiz presidente não observe os critérios legais para a dosimetria da pena.

d) Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos: quando o veredicto é totalmente desconexo com as provas do processo. Nesse caso, o tribunal pode anular a decisão e determinar novo julgamento, respeitando a soberania dos veredictos.

Tal hipótese sempre gerou controvérsia, especialmente quando ocorria a absolvição com base na clemência (art. 483, § 2º, CPP), em julgamento proferido pelo STF no ano de 2020 nos autos do HC n. 178777/MG, ficou fixada a tese de que a soberania dos jurados prevalecia, independente das provas nos autos. Razão pela qual, em hipóteses de absolvição não seria cabível a apelação com base na alínea *d*.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu em outubro de 2024, por maioria, que é possível recorrer de uma decisão do Tribunal do Júri que absolve um réu em contrariedade às provas, motivada por clemência, piedade ou compaixão, conforme o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 1225185, com repercussão geral (Tema 1.087). A tese final ainda será definida e publicada. No caso concreto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) negou recurso do MP que procurava reverter a absolvição de um réu acusado de tentativa de homicídio, sob o argumento que feriria a soberania dos veredictos do júri popular.

No entanto, neste novo julgamento o ministro Edson Fachin afirmou que a revisão do júri por um tribunal de apelação, com a possibilidade de novo julgamento, não fere a soberania do júri. No entanto, se a absolvição por clemência for mantida em um segundo julgamento, a decisão final será respeitada. Ministros como Cristiano Zanin e André Mendonça defenderam que, em casos de compaixão, não deveria existir novo julgamento, afora se a absolvição envolver questões como homofobia ou racismo.

A proibição de uma segunda apelação pelo mesmo motivo impede julgamentos intermináveis. Se o tribunal já anulou uma condenação por ser contrária às provas e o novo júri absolve o réu, não faz sentido recorrer novamente. Isso garante que só uma apelação seja possível, evitando repetidas revisões de veredictos.

20.4.2 Dos prazos e processamento da apelação

A apelação deve ser interposta no prazo de 5 dias, contados da intimação da sentença, conforme *caput* do art. 593 do CPP. O prazo inicia-se na última intimação, seja do réu ou de seu defensor – no caso em que o réu esteja preso e é condenado.

A petição de interposição da apelação deve ser endereçada ao juízo *a quo*, ou seja, o prolator da sentença ou decisão com força de definitiva.

No caso de intimação ficta (quando o réu se encontra em lugar não conhecido) a contagem do lapso temporal começa após o decurso do prazo do edital (60 dias para penas inferiores a 1 ano e 90 dias para penas iguais ou superiores a 1 ano), nos termos do art. 392, § 1º do CPP. Dispõe o § 2º do art. 392 do CPP que: "o prazo para apelação correrá após o término do fixado no edital, salvo se, no curso deste, for feita a intimação por qualquer das outras formas estabelecidas neste artigo".

Se a sentença for proferida em audiência ou em sessão do tribunal do júri, o prazo conta-se a partir dessa data. Para o assistente habilitado, o prazo também é de 5 dias, sendo contado a partir do fim do prazo do Ministério Público, conforme a Súmula 448 do STF. O ofendido ou sucessor que não se habilitaram têm 15 dias para apelar, conforme o art. 598, parágrafo único, do CPP, caso o MP permaneça inerte, contando a partir do término do prazo do MP.

Após a interposição da apelação o juiz verifica os pressupostos e, se denegada, é possível recorrer por meio de recurso em sentido estrito. Recebida a apelação, o apelante apresenta suas razões em 8 dias (ou 3 dias para contravenções penais), conforme dispõe o art. 600 do CPP. A parte contrária tem o mesmo prazo para contrarrazões. O assistente se manifesta após o Ministério Público em 3 dias, e no caso de ação penal privada, o Ministério Público apresenta suas razões após o querelante.

> *HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. RAZÕES RECURSAIS. APRESENTAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. MERA IRREGULARIDADE. SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. I – Esta Corte já sedimentou a orientação no sentido de que, apresentado o termo de apelação dentro do prazo legal, a apresentação extemporânea das razões recursais constitui mera irregularidade, que não prejudica a apreciação do*

recurso. Precedentes. II – O entendimento adotado pelo tribunal regional, que deixou de conhecer da apelação em função da extemporaneidade das razões recursais, configura flagrante constrangimento ilegal, apto a justificar a superação do enunciado da Súmula 691 deste Tribunal e, por conseguinte, a concessão da ordem. III – Ordem concedida para determinar ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, afastada a preliminar de intempestividade, prossiga no julgamento da apelação interposta pelo ora paciente. (STF - HC 112355, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26-06-2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 13-09-2012 PUBLIC 14-09-2012).

O recurso em processos do Juizado Especial Criminal deve ser interposto em 10 dias, por petição acompanhada das razões, nos termos do art. 82, § 1º da Lei 9.099/95.

No caso de existir apelação simultânea do MP e do réu, o MP apresenta razões e o réu contrarrazões em prazo duplo. O art. 600, § 4º, permite a apresentação das razões em segunda instância, se solicitado. Não apresentar razões não implica nulidade, pois o tribunal deve analisar todas as questões ou apresenta-la fora do prazo é mera irregularidade. É possível juntar novos documentos na fase recursal desde que seja garantindo o contraditório.

Não há juízo de retratação na apelação, e a falta de intimação do réu para constituir novo defensor após a renúncia do único defensor torna nulo o julgamento, conforme a Súmula 708 do STF. A jurisprudência, porém, admite que, em alguns casos, o apelo possa ser julgado sem as razões, desde que não haja prejuízo ao réu, de acordo com o art. 601, caput, do CPP.

O artigo 601 do CPP dispõe que, findos os prazos para as razões, os autos devem ser encaminhados à instância superior, com ou sem essas razões. Isso permite que a apelação seja conhecida e julgada mesmo na ausência de razões, embora a doutrina limite o alcance dessa regra, principalmente em relação ao Ministério Público, para evitar nulidade, conforme o art. 564, III, d, do CPP. Chegando ao tribunal, o rito pode ser ordinário ou sumário, dependendo da gravidade do crime, conforme os arts. 613 e 610 do CPP.

No rito sumário, os prazos são mais curtos: 5 dias para o Procurador-Geral e o relator. Já no rito ordinário, os prazos são de 10 dias, com a participação de um revisor. O tribunal pode, inclusive, determinar novas diligências, como reinquirição de testemunhas ou novo interrogatório, conforme disposto no art. 616 do CPP. No entanto, o tribunal deve seguir o art. 617, que veda o agravamento da pena quando apenas o réu apela, impedindo a *reformatio in pejus*, conforme já discutido anteriormente.

A sustentação oral pelo tempo de 15 minutos é facultativa e seu uso ou ausência não gera nulidade, exceto se a defesa manifestar interesse e for impedida de realizá-la, configurando cerceamento de defesa. A ausência de intimação ou publicação da pauta pode anular o julgamento do recurso, conforme a Súmula 431 do STF, exceto em habeas corpus: "é nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em *habeas corpus"*.

Ao decidir, o tribunal poderá aplicar os arts. 383 *emendatio libelli*, não é cabível a *mutatio libelli (art. 384)* conforme a Súmula 453 do STF. O tribunal também pode fundamentar o acórdão nos arts. 386 no caso de absolvição e 387 se houver a condenação, mas não poderá agravar a pena se somente o réu apelou (art. 617 do CPP).

A deserção e a desistência são consideradas formas de extinção anômala do recurso. A deserção ocorre quando o réu não paga as custas ou despesas do processo, nos termos do art. 806, § 2º, do CPP. Já a desistência ocorre quando o réu manifesta a perda de interesse recursal, após a interposição do recurso. Ambas são atos irrevogáveis.

Por fim, o art. 618 dispõe que: "os regimentos dos Tribunais de Apelação estabelecerão as normas complementares para o processo e julgamento dos recursos e apelações".

20.4.3 Dos efeitos da apelação

A apelação possui efeito devolutivo, permitindo que o tribunal superior analise as questões impugnadas e matérias que devem ser apreciadas de ofício, seguindo o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Mesmo em recursos parciais, o tribunal pode examinar a questão sob todos os aspectos, inclusive reexaminando matérias não suscitadas se estiverem vinculadas à impugnada, como no caso de aumento de pena que exige alteração do regime prisional.[1023]

Quanto ao efeito suspensivo, cumpre mencionar que a apelação de sentença absolutória não impede a imediata libertação do réu, pois a absolvição elimina o *fumus boni juris*, requisito fundamental para a manutenção da prisão cautelar. Já a apelação de sentença condenatória possui efeito suspensivo, impedindo a execução da pena até o trânsito em julgado, conforme o art. 283 do CPP e o entendimento atual do STF que robustece o respeito ao princípio da presunção de inocência. A manutenção do réu preso após condenação só é legítima se houver requisitos que justifiquem a prisão preventiva, ou seja presentes os elementos do art. 312 do CPP, conforme disposto no parágrafo único do art. 387 do CPP.[1024] Elucidativa a ementa a seguir transcrita:

> *Habeas Corpus. 2. Réu em liberdade durante toda a instrução criminal e até julgamento da apelação criminal. 3. Expedição de mandado de prisão com fundamento no improvimento da apelação da defesa. 4. A jurisprudência do STF orienta-se no sentido segundo o qual a interposição do recurso especial ou recurso extraordinário, apesar de não ter efeito suspensivo, a constrição provisória da liberdade deve estar fundamentada nos termos do art. 312 do CPP. 5. Considerados o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, a manutenção da condenação em sede de apelação, por si só, não é fundamento suficiente para a custódia cautelar do paciente antes do trânsito em julgado. Precedentes. 6. Ordem deferida para que seja assegurado ao paciente o direito de recorrer do acórdão condenatório em liberdade até o trânsito definitivo da condenação criminal. (HC 101676, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14-06-2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-04 PP-00969)*

A apelação pode possuir efeito extensivo em casos de concurso de agentes, a decisão favorável em recurso interposto por um dos réus pode ser estendida aos demais se fundamentada em motivos não exclusivamente pessoais, conforme o art. 580 do CPP: “ Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Por derradeiro, sobre o recolhimento à prisão para apelar em crimes de tráfico de drogas, a Lei n. 11.343/2006 determina que o réu não pode apelar sem se recolher à prisão, a menos que seja primário e de bons antecedentes, de maneira que nesta hipótese a apelação não teria efeito suspensivo, veja:

> *Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.*

Contudo, o entendimento do STF sobre a impossibilidade da execução provisória da pena, em respeito à presunção de inocência, aplica-se também nesses casos, não permitindo que a pena seja executada antes do trânsito em julgado.

Na ementa abaixo transcrita no voto do ministro Gilmar Mendes no Habeas Corpus 106.243/RJ há ênfase ao princípio da presunção de inocência e na ilegalidade da exigência de recolhimento do réu à prisão para apelar. De fato, a imposição de prisão como requisito para recorrer fere princípios constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição, além de não ser compatível com o princípio da não culpabilidade antes do trânsito em julgado.

O ministro enfatiza que a prisão cautelar deve ser fundamentada em elementos concretos, obedecendo ao disposto no artigo 312 do CPP, e não pode ser utilizada como punição antecipada. De fato, a

decisão que negou ao réu o direito de apelar em liberdade com simples fundamento no art. 59 da Lei de Drogas carece de fundamentação apropriada, configurando constrangimento ilegal. Com isso, o ministro deferiu parcialmente o habeas corpus, permitindo que o paciente respondesse ao processo em liberdade.

> *Habeas Corpus. 2. Tráfico de drogas. Necessidade de o réu recolher-se à prisão para apelar (Lei 11.343/2006, art. 59). Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição. Constrangimento ilegal caracterizado. 3. Ordem parcialmente concedida. (STF – HC n. 106.243 Rio De Janeiro; Relator: Min. Gilmar Mendes).*

20.5 Do protesto por novo júri (revogado pela Lei 11.689/2008)

Com o surgimento da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, nova sistemática processual foi instalada e o recurso de protesto por novo júri foi revogado do ordenamento jurídico.

Trata-se de norma estritamente processual, neste sentido, as disposições da Lei n. 11.689/08 tiveram aplicabilidade imediata, alcançado as sentenças condenatórias editadas após a sua entrada em vigência ainda que referentes a fatos antecedentes à sua entrada em vigor (AgRg no Ag 1381227/RS).

20.5 Dos embargos

20.5.1 Dos embargos infringentes e de nulidade

Os embargos infringentes e de nulidade são recursos cabíveis contra decisões não unânimes de órgãos de segunda instância que prejudicam o acusado, estão previstos no parágrafo único do art. 609 do CPP:

> *Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.*
> *Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos*

> *dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência*

Os embargos infringentes discutem o mérito da decisão, enquanto os de nulidade tratam de questões processuais que são benéficas ao réu. Apesar de a previsão desse recurso ter sido suprimida no Código de Processo Civil, o art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal mantém sua existência no campo penal.

20.5.1.1 Cabimento e processamento

Os embargos infringentes e de nulidade podem ser opostos em decisões não unânimes desfavoráveis ao réu, trata-se, portanto, de recurso exclusivo da defesa. O infringente atinente ao mérito e o de nulidade, visa a declaração de nulidade de algum ato processual. Não se permite embargos com base exclusivamente na discordância de fundamentação.

O julgamento dos embargos infringentes e de nulidade é realizado por cinco desembargadores: os três que participaram do julgamento anterior e mais dois novos. Tratando-se de novo recurso, é possível que os desembargadores que já votaram anteriormente alterem sua posição, embora seja usual que mantenham o mesmo entendimento.

Esse recurso é restrito à divergência específica na decisão embargada. Por exemplo, se todos os juízes votam pela condenação, mas um deles reconhece uma causa de diminuição de pena, os embargos focarão apenas nessa circunstância.

Embargos são cabíveis no julgamento da apelação, do RESE e, por analogia, no agravo em execução. Não são admitidos em casos de habeas corpus, revisão criminal, contra decisão de turma recursal do JECrim, mandado de segurança e ações originárias nos tribunais.

O prazo para apresentação dos embargos é de 10 dias, a "contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613". Neste prazo são apresentadas a peça de interposição e de razões recursais.

Assim, o procedimento é o disposto no art. 613, não existindo menção à manifestação do embargado, apesar disso, os regimentos internos de vários tribunais tenham disposição no sentido de que a parte contrária seja intimada para que o embargado se manifeste.

A petição é enviada ao relator da decisão embargada, e, se presentes os requisitos legais, o processo será encaminhado para um novo relator e revisor. Esses novos julgadores, junto aos que participaram da decisão anterior, analisarão a questão novamente. Da nova decisão, mesmo se não unânime, não cabem novos embargos infringentes.

Quem opõe os embargos é o embargante e a parte contrária é o embargado.

20.5.2 Dos embargos de declaração

Os embargos de declaração são direcionados ao órgão que proferiu a decisão, quando esta apresentar ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, conforme disposto nos arts. 382 e 619 do CPP. Podem ser opostos contra decisões de primeiro grau, dirigidos ao juiz, ou contra acórdãos, sendo nesse caso encaminhados ao relator.

As hipóteses de cabimento são as seguintes:

I) Obscuridade: ocorre quando a expressão da decisão não é clara, dificultando a compreensão do pensamento do julgador.

II) Omissão: acontece quando o juiz deixa de se manifestar sobre algo que deveria ter abordado na decisão.

III) Contradição sobrevém no caso em que há proposições que se contradizem, resultando em falta de harmonia entre os motivos e a conclusão exposta pela decisão.

IV) Ambiguidade: é aquela em que a decisão gera dúvidas ou incertezas por permitir mais de uma interpretação.

Assim, os embargos de declaração visam esclarecer essas máculas, especificando o verdadeiro sentido do dispositivo, resolver contradições ou suprir omissões na decisão.

20.5.2.1 Prazo e procedimento

Nos termos do art. 382 e art. 619 do CPP, os embargos devem ser opostos em até dois dias a partir da intimação ou publicação do acórdão. A petição deve ser acompanhada das razões e, em regra, não há intimação da parte contrária, exceto quando se pretende atribuir efeito modificativo (infringente) à decisão embargada.

Os embargos interrompem o prazo para interposição de outros recursos, conforme analogia do art. 1.026 do CPC/2015, que também estabelece que os embargos não possuem efeito suspensivo. No caso de embargos intempestivos, a interrupção do prazo para os demais recursos não ocorre.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM), o art. 83 da Lei 9.099/1995 autoriza a oposição dos embargos em até cinco dias, podendo ser feita por escrito ou oralmente. O art. 83, §2.º, alterado pelo art. 1.066 do CPC/2015 prevê que os embargos, quer contra sentença ou acórdão, sempre interrompem o prazo para outros recursos, antes da alteração do CPC a previsão era de suspensão dos prazos.

Nos tribunais superiores, os regimentos internos do STF, art. 337, §1.º, RISTF e do STJ, art. 263 e 265, RISTJ também preveem a interrupção do prazo recursal quando os embargos são tempestivos.

No entanto, a interrupção do prazo para interpor outros recursos não ocorre se os embargos de declaração são meramente protelatórios.

A Lei n. 13.964/2019 introduziu no art. 116, III, do Código Penal norma a fim de impor que a prescrição fica suspensa enquanto pendentes embargos de declaração, melhor explicando, o prazo prescricional não corre da data da interposição dos embargos até o seu julgamento.

20.6 Da revisão

A revisão criminal é um mecanismo exclusivo da defesa que busca rever uma sentença penal condenatória já transitada em julgado, funcionando como a ação rescisória no âmbito penal. Seu objetivo é corrigir possíveis injustiças, prevalecendo sobre a verdade formal estabelecida na sentença. Sua previsão legal encontra-se nos artigos 621 ao 631 do CPP.

De acordo Hélio Tornaghi "revisão é o remédio dado pela lei para o desfazimento da coisa julgada no caso de ser ou de ficar evidente a ocorrência de erro judiciário".[1025]

É necessário ressaltar "que em nosso sistema o pressuposto da revisão criminal é que tenha havido sentença penal condenatória transitada em julgado". Não é possível a revisão criminal contra sentença absolutória, nem mesmo para alterar o fundamento da absolvição; para isso, cabível a apelação. A única exceção em que se permite revisão criminal de sentença absolutória é no caso da sentença absolutória imprópria, que é aquela que impõe medida de segurança ao absolvido. Também não se admite revisão criminal pro *societate*.[1026]

Os artigos 621 e 622 do CPP brasileiro estabelecem as hipóteses de cabimento e o prazo para a revisão criminal.

Assim, as hipóteses de admissibilidade da revisão criminal, nos termos do art. 621 são:

I) sentença contrária à lei ou à evidência dos autos: tal norma busca impedir que um erro de interpretação da lei ou uma decisão antagônica à realidade probatória prepondere, prejudicando o condenado. A revisão criminal não é cabível em caso de alteração de entendimento jurisprudencial que fundamentou a condenação, tampouco para aplicação de lei nova mais benéfica (*lex mitior*), sendo esta competência do juízo da execução.

II) sentença fundada em provas falsas: tal possibilidade compreende situações em que a sentença condenatória se baseia em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos. Tal caso é aquele em que no momento da instrução tais provas tinham aparência de veracidade, mas depois descobriu-se, ao acessar novas provas, que eram falsas. A confiabilidade das provas é fundamental para a formação da convicção do julgador. Logo, se é comprovado que a condenação foi baseada em falsidades, a revisão criminal é o instrumento apto a rever a condenação.

O condenado deve interpor a revisão criminal já munido de prova da falsidade alegada, pois não haverá instrução probatória no juízo revisional. Para constituir previamente prova testemunhal, o interessado poderá recorrer à justificação, uma medida cautelar penal preparatória, com o objetivo de colher depoimentos diante do juízo de primeira instância.

III) descoberta de novas provas de inocência: a última hipótese de revisão desponta quando, após a condenação, novas provas são encontradas, demonstrando a inocência

> do condenado ou, ainda, indicando circunstâncias que determine ou autorize diminuição especial da pena. A existência de novas provas que favoreçam o condenado valida a reanálise do caso, seja para absolver o réu ou para reduzir sua pena.

O artigo 622 dispõe que revisão criminal pode ser intentada em qualquer momento, não importa que pena ainda não tenha sido extinta, ou mesmo após sua extinção, por seu cumprimento, é cabível até mesmo após a morte do condenado. Para demandar revisão criminal, o condenado não é compelido a recolher-se à prisão, conforme Súmula 393 do STF.

Sobre o tema, importante mencionar que revisão criminal não tem efeito suspensivo, ou seja, o ajuizamento da ação não interrompe a execução da pena, conforme deliberou a Sexta Turma do STJ no HC 169.605.

O STJ, em diversas decisões, tem interpretado as regras de admissão da revisão criminal de forma ponderada. No REsp n. 1.111.624, o STJ firmou o entendimento de que a revisão fundamentada na fragilidade de provas deve ser acolhida de forma extraordinária, não se autorizando um segundo reexame de mérito como se fosse uma nova apelação.

No entanto, no RvCr 4.944, o STJ determinou a desconstituição de uma pena, entendendo que a omissão do tribunal em analisar certos pedidos da defesa configura erro processual, validando a revisão. O tribunal compreende que a revisão deve corrigir não somente questões de direito material, mas do mesmo modo de natureza processual.

Acerca da admissibilidade, o STJ elucidou que o exame de uma revisão criminal não é impedido pelo fato de o objeto já ter sido analisado em habeas corpus pelo STF, conforme decidido no RvCr

2.877, evitando que a revisão criminal seja inviabilizada em razão de decisões anteriores.

A jurisprudência do STJ também admite que a retratação de vítima ou testemunha é uma nova prova, apta, portanto, para fundamentar uma revisão criminal, desde que essas provas sejam originadas de forma válida, como visto no RHC 58.442 e no HC 140.618.

O STJ também admite que a revisão criminal seja manejada com o intuito de ajustar a dosimetria da pena e desconstituir condenações proferidas pelo tribunal do júri (edição 503 do Informativo de Jurisprudência), como decidido no AgRg no AREsp 318.060 e HC 137.504.

Por fim, o parágrafo único do art. 622 impede a reiteração do pedido de revisão criminal, salvo quando fundamentado em novas provas. Esta regra tem o desígnio de evitar o manejo abusivo e repetido do instituto, preservando a segurança jurídica e o adequado andamento do sistema judicial. Apesar disso, ao consentir em nova revisão, desde que fundadas em novas provas, o legislador busca a justiça em detrimento de formalismos legais, fundamento basilar de um Estado Democrático de Direito.

20.6.1 Da natureza jurídica

Muito embora topologicamente a revisão criminal esteja inserida dentro do título II relativo aos recursos, o entendimento predominante é que possui natureza de ação, ação de conhecimento, ação impugnativa de uma sentença condenatória transitada em julgado, visa, pois desconstituir aquela decisão com força de definitiva.

20.6.2 Da legitimidade ativa e passiva

A revisão criminal, sendo um instrumento processual de uso exclusivo da defesa, pode ser intentada tanto pelo próprio réu quanto por seu procurador devidamente constituído. Ademais, em caso de falecimento do acusado, são legitimados para aforar o pedido o cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos, nos termos do art. 623 do CPP.

Conforme dicção do art. 623, o réu possui capacidade postulatória para ingressar com revisão criminal, exonerando a necessidade de intervenção de advogado ou defensor público. De acordo com o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, tal norma foi devidamente recepcionada pela Constituição Federal, permanecendo em vigor e não sendo revogada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) (veja: STJ/HC 34.197).

Destaca-se que o Ministério Público não possui legitimidade ativa para propor a revisão em favor do réu, uma vez que tal previsão legal inexiste. Ademais, conforme já mencionado, não se admite a revisão *pro societate*.

Quanto à legitimidade passiva, esta recai sobre o Estado, sendo representado nos autos pelo Ministério Público.

20.6.2 Da competência e do processamento

A revisão criminal compete aos tribunais dos juízos que julgaram o processo em definitivo na primeira instância, sendo a competência para revisão a mesma dos recursos regulares (TJs, TRFs, Turmas Recursais etc). A interposição de recurso extraordinário no STF ou especial no STJ não altera essa competência, exceto se a matéria da revisão tiver sido discutida nesses recursos.

A revisão criminal nos Tribunais Superiores (STF e STJ) segue regras especiais nos termos dos artigos 624 do CPP, 102, I, j, e 105, I,

e, da CF. O STF e o STJ são competentes para revisar seus próprios julgados em ações penais originárias.

Ademais, conforme mencionado anteriormente, esses tribunais julgam a revisão criminal em casos de recursos, desde que tenham decidido o mérito do recurso (especial ou extraordinário) e a matéria da revisão seja a mesma do recurso anterior. O STJ entende que não cabe revisão criminal quando a questão tratada não coincide com o que foi debatido no julgamento que se procura rescindir (STJ, AgRg na RvCr 4306/GO, DJe 18.06.19).

O processamento da revisão criminal ocorre da seguinte forma:

a) O condenado peticiona (petição inicial) ao presidente do tribunal competente;

> *A revisão criminal deve ser apresentada mediante requerimento, verdadeira petição inicial, com os fundamentos do pedido, instruída com certidão de trânsito em julgado, sem o que se indefere liminarmente a petição. Há necessidade de procuração para a propositura da revisão criminal.*[1027]

Dezem explica que embora não exista previsão expressa para a concessão de liminar em revisão criminal, entende-se possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil para permitir o pedido de tutela antecipada. O STJ tem admitido a concessão de liminar em casos excepcionais, quando há violação clara e evidente de lei, mas observa que tal medida só deve ser tomada em casos extremos que demonstrem uma afronta evidente à segurança jurídica. A análise meritória só ocorre no julgamento final da revisão criminal, conforme decidido no AgRg na RvCr 5560/DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 02.03.21. [1028]

Os pedidos constantes da inicial são os elencados no nos termos do art. 626 do CPP, a saber:

> *a)anular o processo;*
> *b)alterar a classificação do crime;*
> *c)absolver o condenado;*

d)modificar o regime de pena; e
e)modificar a pena do condenado. [1029]

As provas já devem estar produzidas por meio da cautelar de justificação e devem ser anexadas à inicial de revisão.

b) O pedido é distribuído a um relator que não tenha atuado no processo original;

c) O relator pode indeferir liminarmente o pedido, caso esteja insuficientemente instruído, cabendo recurso conforme o regimento interno de cada tribunal ou, ainda, julgar a liminar requerida;

d) Se não houver indeferimento, os autos são encaminhados ao procurador geral para parecer;

e) Retornando ao relator, este apresenta relatório e o revisor irá analisar, pedindo designação para o julgamento;

f) A decisão será tomada pelo órgão competente do tribunal (turma, câmara etc).

20.6.2 Dos efeitos

A revisão, se julgada procedente, pode causar a alteração da classificação da infração, a absolvição do réu, a modificação da pena (ou seja, sua redução) ou a anulação do processo, conforme art. 626 do CPP.

O art. 630 do Código de Processo Penal diz que o tribunal, se o interessado pedir, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. Essa indenização será liquidada no juízo cível, e incumbirá à União, se a sentença foi prolatada pela Justiça Federal, e aos Estados, se prolatada pela respectiva Justiça. Veja:

> *Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.*

> *§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.*
> *§ 2º A indenização não será devida:*
> *a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;*
> *b) se a acusação houver sido meramente privada.*

A indenização, porém, não será devida, conforme parágrafo segundo supracitado: a) se o erro ou injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio réu, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a ação penal tiver sido privada.

Julgada improcedente a revisão, só poderá ser repetida se fundada em novos motivos.

Além disso, o acórdão da revisão criminal produz coisa julgada, impedindo a apresentação de nova revisão se não houver provas novas e diversas da revisão anterior. Destarte, se houver novos fundamentos, uma nova revisão criminal pode ser interposta. A jurisprudência tem sido rigorosa, rejeitando o uso da revisão criminal como uma nova apelação para reanálise de fatos e provas, como destacado no STJ, AgRg no HC 649533/SP, rel. Min. Olindo Menezes, DJe 20.08.2021, que reafirma que a revisão só é cabível quando preenchidos os requisitos do art. 621 do CPP.[1030]

20.7 Do recurso extraordinário e especial

O recurso extraordinário está previsto no art. 102, III, da CF, visa impugnar decisões de última instância que violam a Constituição Federal, sendo inaplicável contra acórdãos que deferem medidas liminares, de acordo com a Súmula 735 do STF. Seu objetivo é assegurar a supremacia da ordem constitucional, garantindo que decisões que contrariem a Constituição sejam revisadas.

O recurso especial previsto no art. 105, III, da CF tem como finalidade submeter ao Superior Tribunal de Justiça decisões dos tribunais estaduais ou federais que violem leis federais ou as interpretem de maneira divergente, ocorrendo dissidio jurisprudencial. Ele busca uniformizar a interpretação da legislação federal no Brasil.

A Lei n. 8.038/90 trata das "normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal", no que diz respeito aos recursos extraordinário e especial foi revogado pelo atual CPC – Lei n. 13.105/2015. Assim, questões atinentes ao processamento, peticionamento, prazos, entre outros, são reguladas pelo CPC, tanto relativamente ao recurso especial, quanto ao recurso extraordinário. Relativamente a tais recursos, importante mencionar que aplicam, também, as normas regimentais de cada tribunal superior.

Ambos os recursos exigem o esgotamento de todas as vias recursais ordinárias e destinam-se a decisões de última instância. Por exemplo, no caso de uma apelação negada por maioria em um tribunal, o recurso especial não é cabível se ainda forem possíveis embargos infringentes, nos termos do art. 609, parágrafo único, do CPP, bem como a Súmula 207-STJ: "é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem".

Similarmente, se um Tribunal Regional Federal negar um habeas corpus, o recurso cabível seria o recurso ordinário constitucional para o STJ, nos termos do art. 105, II, a, da CF, e não o recurso extraordinário ou especial. Nesse sentido é a Súmula 281 do STF: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada".

Além disso, os ditos recursos especiais (no sentido de não serem comuns) possuem limitações quanto à origem da decisão impugnada, melhor explicando, o recurso especial se aplica apenas a decisões de tribunais de justiça e tribunais regionais federais (ver súmula 203 do STJ), enquanto o recurso extraordinário pode ser manejado contra decisões de qualquer tribunal, incluindo turmas recursais de juizados especiais, conforme Súmula 640 do STF.

Quanto à interposição dispõe o art. 1.029 do CPC que serão "interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas", no caso de haver interposição de recurso especial e extraordinário de forma concomitante (cada qual com seu fundamento pertinente). O artigo também é autoexplicativo, veja:

> *Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:*
> *I - a exposição do fato e do direito;*
> *II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;*
> *III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.*
> *§ 1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.*

Em alguns casos, decisões do Superior Tribunal de Justiça podem ser impugnadas por meio de recurso extraordinário ao STF, conforme previsto nos arts. 268 a 270 do Regimento Interno do STJ. Entretanto, essa situação é rara, dado o foco do STF em questões constitucionais e do STJ em temas relacionados à legislação federal.

O recurso extraordinário é cabível em quatro situações específicas previstas no art. 102, III, da CF: a) ofensa direta à Constituição; b) declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) validação de lei ou ato de governo local contestado em

face da Constituição; e d) validação de lei local contestada em face de lei federal. Sobre o tema, o STF editou outras súmulas:

> *Súmula 279 – Para simples reexame da prova não cabe recurso extraordinário.*
> *Súmula 283 – É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.*
> *Súmula 284 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.*

Já o recurso especial, previsto no art. 105, III, da CF, pode ser utilizado em três hipóteses: a) contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal; b) validação de ato de governo local contestado em face da lei federal; e c) interpretação divergente da lei federal por diferentes tribunais.

20.7.1 Do prequestionamento

Todos os recursos interpostos no âmbito jurídico encontram-se invariavelmente sujeitos a uma rigorosa análise prévia dos requisitos de admissibilidade, procedimento indispensável para que possam ser devidamente conhecidos e apreciados. Em outras palavras, o julgamento do mérito do recurso apenas será alcançado se forem preenchidos determinados pressupostos formais e materiais, os quais se mostram imprescindíveis para que a instância superior possa proceder à análise da matéria impugnada. A ausência ou insuficiência no cumprimento desses requisitos, portanto, impede que o mérito recursal seja examinado, resultando no não conhecimento do recurso.

Tal sistemática não se altera quando se trata dos recursos extraordinários. Inclusive, com a entrada em vigor do CPC/2015, renovaram-se as discussões acerca de um dos mais controversos requisitos de admissibilidade, o prequestionamento

Na doutrina há críticas ao termo prequestionamento, já que quem questiona é a parte. Destarte, prequestionamento é

considerado equivocado porque originalmente se referia à atividade das partes, ou seja, ao questionamento prévio de uma questão jurídica no curso do processo. No entanto, com o tempo, passou a ser utilizado de forma errônea para designar a necessidade de que o tribunal tenha decidido a questão federal ou constitucional, a chamada "causa decidida". Esse uso incorreto desconhece o fato de que o papel do tribunal é decidir, e não questionar, misturando dois fenômenos distintos: o questionamento pelas partes e a decisão judicial sobre a matéria.[1031]

Este requisito, por sua natureza peculiar e por envolver a necessidade de debate prévio sobre a matéria nas instâncias inferiores, tem sido alvo de debates doutrinários e jurisprudenciais, sendo considerado um dos pontos centrais para a admissibilidade dos recursos excepcionais, como o recurso especial e o extraordinário.

A Segunda Turma do STJ, no julgamento do AREsp 2.222.062, definiu que, para aplicar o art. 1.025 do CPC/2015, que permite o prequestionamento de matéria em embargos de declaração para fins de recurso especial, é necessário cumprir cumulativamente os seguintes critérios: a) oposição dos embargos de declaração no tribunal de origem; b) Indicação, no recurso especial, de violação ao art. 1.022 do CPC/2015; c) a questão discutida no recurso especial deve ter sido alegada nos embargos de declaração e devolvida para julgamento, sendo relevante e pertinente ao debate.

O art. 1.025 do CPC/2015 considera incluídas no acórdão as questões levantadas pela parte, mesmo que os embargos sejam rejeitados ou inadmitidos, desde que o tribunal superior verifique erro, omissão, contradição ou obscuridade. O ministro Francisco Falcão destacou que esse artigo não invalida a Súmula 211 do STJ, que impede recurso especial quando o tribunal de origem não

aprecia efetivamente a questão levantada nos embargos. O relator também citou precedentes, como o REsp 1.459.940 e o AREsp 1.433.961, que reforçam a necessidade de os embargos serem julgados e terem pertinência com o tema debatido.

> *[...] o recurso extraordinário - consideradas as exigências formais impostas pelo requisito constitucional do prequestionamento (RTJ 111/321 - RTJ 114/105) - cinge-se, estritamente aos limites materiais delineados pelo conteúdo decisório veiculado no acórdão emanado do Tribunal a quo. Revela-se essencial, dentro dessa perspectiva, que haja plena correlação material entre o que se contém na petição inicial veiculadora do apelo extremo e o teor do que foi efetiva e explicitamente debatido na decisão impugnada. A natureza do recurso extraordinário não se mostra compatível com inovações de ordem temática, que, introduzidas pela recorrente, apresentam-se divorciadas, ideologicamente, da matéria efetivamente versada no acórdão recorrido, que, ao decidir a controvérsia, respeitou os estritos limites emergentes do pedido originariamente deduzido quando do ajuizamento da ação RE n. 170.385-7 (AgRg), rel. Min. Celso de Mello. (Informativo STF n. 42, 26 a 30 de agosto de 1996*
> *Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o preceito constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 3. São ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento se a questão constitucional não foi suscitada oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.*
> *[RE 449.137 AgR, rel. min. Eros Grau, 2ª T, j. 26-2-2008, DJE 60 de 4-4-2008*

20.7.2 Do processamento

O Recurso Especial é um importante instrumento jurídico no ordenamento processual brasileiro, destinado a uniformizar a aplicação de leis federais e garantir a autoridade dessas normas em todo o território nacional. Este recurso, regulado pelo art. 105, III, da Constituição Federal, visa possibilitar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reveja decisões de tribunais regionais federais e estaduais em casos onde questões infraconstitucionais sejam aplicadas de forma divergente ou conflitante com a legislação federal. Assim, o Recurso Especial desempenha um papel crucial na interpretação e aplicação uniforme das leis federais em casos

decididos em única ou última instância por esses tribunais, evitando disparidades e assegurando a isonomia.

Para que o recurso especial seja admitido, é necessário que a parte recorrente demonstre a existência de questão relevante, exceto nos casos de matéria penal, onde essa relevância é presumida (art. 105, § 3º, I). A jurisprudência estabelece que o recurso é cabível em três situações: quando a decisão questionada contraria ou nega vigência a tratado ou lei federal, quando reconhece a validade de ato de governo local em face de lei federal, e quando dá à lei federal interpretação divergente da aplicada por outro tribunal. No entanto, o recurso não é admitido para reavaliação de provas e fatos, conforme estipulado pela Súmula 7 do STJ, limitando-se a questões de direito e interpretação legal.

Outro aspecto importante é o requisito do prequestionamento, que significa que a matéria do recurso especial deve ter sido expressamente abordada no acórdão recorrido. Caso a questão não tenha sido apreciada pelo tribunal de origem, a parte interessada deve interpor embargos de declaração para suprir essa omissão, conforme a Súmula 211 do STJ. Além disso, o recurso exige a apresentação detalhada de dissídio jurisprudencial, comparando as decisões divergentes para demonstrar inconsistências na aplicação da lei.

O processamento do recurso especial segue um trâmite específico: é interposto por petição no prazo de 15 dias e, se admitido, é encaminhado ao STJ. Esse procedimento garante um controle rigoroso sobre as decisões recorríveis, evitando que a Corte seja sobrecarregada com casos que não envolvem questões relevantes de direito federal. Em casos onde são interpostos conjuntamente os recursos especial e extraordinário, prevalece o julgamento pelo STJ, sendo posteriormente remetido ao Supremo

Tribunal Federal (STF) em questões de constitucionalidade, conforme art. 1.031 do CPC. Essa sistemática permite que o STJ e o STF atuem de forma complementar, cada qual com competência específica para garantir a correta aplicação das leis e da Constituição.

Portanto, o Recurso Especial é fundamental para o equilíbrio federativo e a segurança jurídica, pois proporciona a uniformização das decisões judiciais e resguarda a interpretação coesa das normas federais em todo o Brasil.

Para o processamento e interposição de recursos extraordinários, seguem-se prazos e etapas descritas no CPC e no Código Penal. Com a revogação dos artigos 26 a 29 da Lei 8.038/90, o Código de Processo Civil (CPC) agora estabelece no art. 1.029 e seguintes que o recurso deve ser interposto por petição dirigida ao presidente do tribunal de origem, com prazo de 15 dias a partir da intimação.

O recurso precisa expor os fatos, fundamentação e pedido de revisão ou invalidação da decisão. Caso o tribunal de origem negue o recurso, caberá agravo nos autos para o STF, conforme art. 1.042 do CPC, assegurando a manifestação do agravado e, após, o envio ao tribunal superior.

A Suprema Corte exige demonstração de repercussão geral para os recursos extraordinários, conforme art. 102, § 3º da Constituição e art. 1.035 do CPC, permitindo que só temas de grande relevância econômica, política, social ou jurídica sejam apreciados. A repercussão geral requer a concordância de dois terços do STF para rejeição do recurso, sendo computados votos eletrônicos para simplificar a análise (arts. 323 a 325 do Regimento Interno do STF).

Como efeitos práticos, o recurso extraordinário suspende o prazo prescricional (art. 116, III, CP), mas a prescrição volta a correr se o recurso for negado por falta de requisitos.

20.8 Do recurso ordinário constitucional

O Recurso Ordinário Constitucional (ROC) é uma espécie recursal prevista na Constituição Federal, cabível para questionar decisões de Tribunais Superiores (art. 102, II, e art. 105, II, da CF). É regulamentado no Código de Processo Civil de 2015, nos arts. 1027 e 1028 e também pela Lei nº 8.038/90.

Esse recurso tem a finalidade de reexaminar, de forma ampla, todas as questões de fato e de direito decididas pela instância inferior, similar ao efeito devolutivo da apelação. A competência para julgamento cabe STF e ao STJ, dependendo da natureza do caso.

O STF é responsável por julgar recursos ordinários em matérias como habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção negados pelos Tribunais Superiores. Além disso, é competente para julgar crimes políticos, conforme previsto na Lei de Segurança Nacional. Por sua vez, o STJ julga recursos ordinários em habeas corpus e mandados de segurança denegados pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais estaduais, além de casos envolvendo estados estrangeiros, organismos internacionais e entidades locais.

O procedimento desse recurso varia de acordo com a natureza da ação e o tribunal responsável. O Regimento Interno do STF estabelece que, em decisões de habeas corpus, o prazo para interposição é de 5 dias, com vista ao Procurador-Geral da República. No STJ, as normas da Lei n. 8.038/90 estabelecem prazos e trâmites específicos para cada tipo de ação, como o prazo de 5 dias para habeas corpus e 15 dias para mandado de segurança.

O procedimento do Recurso Ordinário Constitucional (ROC) segue um prazo geral de 15 dias para interposição, exceto no caso previsto no art. 105, II, a, da CF, em que o prazo é de 5 dias conforme

o art. 30 da Lei n. 8.038/90. A preparação do recurso requer comprovação de pagamento de custas processuais (art. 1.007 do CPC), salvo em habeas corpus e habeas data, que são isentos de custos (art. 5º, LXXVII, CF/88).

No ROC, não há análise inicial de admissibilidade pelo tribunal ou juízo que proferiu a decisão, sendo essa competência exclusiva do Tribunal Superior (STF ou STJ) que receberá o recurso. No entanto, o recurso deve ser formalmente apresentado ao juízo ad quo, que deve intimar a parte contrária para contrarrazões. O processo se desdobra em duas partes: a interposição ao juízo recorrido, com pedido de remessa ao tribunal superior (ad quem), e as razões recursais, apresentadas ao tribunal competente para o julgamento.

Essas especificidades garantem que o Recurso Ordinário Constitucional seja uma via importante para a proteção de direitos fundamentais, possibilitando uma revisão abrangente em matérias de grande relevância constitucional e infraconstitucional.

20.9 Da carta testemunhável

A carta testemunhável está prevista nos arts. 639-646 do CPP, é manejada contra decisão que nega o recurso interposto ou obsta o prosseguimento de recurso já admitido. Veja:

> *Art. 639. Dar-se-á carta testemunhável:*
> *I - da decisão que denegar o recurso;*
> *II - da que, admitindo embora o recurso, obstar à sua expedição e seguimento para o juízo ad quem.*

Destarte, a carta testemunhável é um recurso utilizado para garantir o processamento de outro recurso que foi indevidamente impedido pelo juiz. É aplicada quando não há outro recurso disponível para contestar a decisão judicial que bloqueia o trâmite do recurso, não é cabível em casos onde o recurso cabível seja o

recurso em sentido estrito, como o não recebimento de uma apelação, conforme art. 581, XV do CPP.[1032]

Assim, a carta testemunhável é configurada como um recurso jurídico específico no contexto processual brasileiro, projetado para combater decisões que obstam o seguimento ou recebimento de outros recursos. A utilização deste recurso é orientada pela necessidade de assegurar que decisões judiciais passíveis de recurso possam ser reavaliadas em instâncias superiores, garantindo-se, assim, o direito ao duplo grau de jurisdição e à ampla defesa.

Quanto à natureza jurídica da carta testemunhável importante mencionar que embora tenha como elemento primordial a subsidiariedade, trata-se de recurso, pois além de estar dentro do capítulo referente aos recursos no CPP, visa impugnar e modificar decisão proferida pelo juízo *a quo*. Assim, a carta testemunhável é caracterizada como um recurso, pois permite que um tribunal superior reavalie a decisão de um juiz que indeferiu o processamento de um recurso previsto em lei. Seu objetivo é reparar o dano causado pelo não processamento de um recurso, sendo considerada subsidiária, ou seja, utilizada quando não há recurso cabível. [1033]

A característica particular da carta testemunhável reside na sua interposição diretamente ao escrivão ou secretário do tribunal, não ao juiz que proferiu a decisão combatida, evitando assim a repetição do indeferimento. Este recurso é dirigido ao tribunal competente para uma nova análise. Jurisprudencialmente, sua aplicação é rigorosa quanto aos prazos de interposição, estipulados em 48 horas conforme o Código de Processo Penal (CPP), art. 640, o desrespeito ao prazo acarreta o não conhecimento do recurso.

A decisão que denega o recurso (art. 639, I) é aquela que considera inadmissível a interposição de um recurso, como no caso do recurso em sentido estrito, agravo em execução, por exemplo.

Quando não há recurso específico para contestar essa decisão, a parte pode manejar a carta testemunhável. A jurisprudência confirma essa prática, destacando que a carta testemunhável é o recurso adequado quando o juízo condiciona o processamento de um recurso a um ato do recorrente, ou quando há erro no não recebimento de um recurso.

Da decisão que, admitindo embora o recurso, obstar à sua expedição e seguimento para o juízo *ad quem* (art. 639, II), ou seja, apesar de o juiz receber inicialmente o recurso, ele impede seu encaminhamento ao tribunal superior, por exemplo, ao considerar que as razões foram apresentadas fora do prazo legal, sendo que em tais casos é mera irregularidade. Nesses casos, a carta testemunhável é o meio adequado para contestar o obstáculo ao seguimento do recurso ao tribunal *ad quem*.

O início do prazo para interposição da carta testemunhável conta-se a partir da intimação da decisão que denega o seguimento ao recurso, e não a partir da data do despacho que nega o recurso, o que resguarda adequadamente o direito de recurso.

O recurso deve subir por instrumento, formado a partir das peças processuais indicadas pelas partes. Enquanto a lei destaca a indicação de peças pela parte que interpõe a carta, nada impede que a parte contrária também contribua para a formação do instrumento. Este detalhe é crucial para que o tribunal *ad quem* possa, se devidamente instruído, julgar diretamente o mérito do recurso inicialmente obstado, conforme art. 644 do CPP.

Após a formação do instrumento, o testemunhante tem dois dias para apresentar suas razões, seguido de dois dias para o testemunhado oferecer contrarrazões. Em seguida, o escrivão encaminha ao juiz, que pode manter ou reformar a decisão que impediu o recurso. Se houver retratação, o recurso segue

normalmente, sem possibilidade de recurso pela parte contrária. Caso o juiz mantenha a decisão, os autos serão enviados ao tribunal competente.

Ademais, a carta testemunhável, historicamente utilizada principalmente em contextos de recursos em sentido estrito com seus prazos correspondentes, tem visto sua aplicabilidade estendida para outros tipos de recursos, adaptando-se às necessidades processuais contemporâneas. A menção ao recurso extraordinário no art. 641 do CPP não é mais acautelado pela carta testemunhável, pois em caso de não recebimento do recurso extraordinário ou não processamento, o recurso cabível é o agravo (art. 1030, V do CPC), garantir o seguimento de recursos às instâncias superiores, refletindo as dinâmicas evolutivas do sistema jurídico processual brasileiro.

A responsabilidade funcional do escrivão ou secretário, no contexto da carta testemunhável, envolve o encaminhamento obrigatório do recurso ao tribunal competente. O art. 642 do CPP aduz que caso o funcionário falhe nesta tarefa, está sujeito a sanções administrativas. No entanto, após a Constituição de 1988, tais sanções requerem a observância do devido processo legal, incluindo o direito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, qualquer punição deve ser precedida de um processo administrativo conduzido pelo superior hierárquico do acusado nos termos do estatuto do servidor público.

Além disso, se as medidas para assegurar o recebimento e encaminhamento da carta falharem, o presidente do tribunal *ad quem* pode avocar os autos, garantindo que o recurso seja julgado e as responsabilidades devidamente apuradas em processos administrativos específicos.

Por derradeiro, o art. 646 dispõe que "a carta testemunhável não terá efeito suspensivo", apenas efeito devolutivo, por tal razão é formado o instrumento, já que o processo penal continua seu curso, independentemente da interposição da carta testemunhável.

20.10 Do agravo em execução

O agravo em execução, previsto como o único recurso explícito na Lei de Execução Penal (LEP), revela-se, todavia, como não sendo a única via recursal admitida no âmbito do processo executório penal, sendo cabível embargos de declaração e os recursos extraordinários.

Tal recurso, ao ser interposto contra decisões proferidas pelo juízo da execução, em regra, não suspende a eficácia da decisão impugnada: "art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo".

No entanto, o recurso terá efeito suspensivo quando se tratar de decisão que determine a desinternação ou a liberação de indivíduo submetido a medida de segurança, hipótese em que, em observância ao disposto no art. 179 da LEP, a decisão terá duplo efeito, ou seja, devolutivo e suspensivo, expedindo-se a ordem apenas após o trânsito em julgado da decisão.

Imperioso ressaltar que o exercício do direito de recorrer encontra-se condicionado à existência de um interesse jurídico direto na modificação ou reforma da decisão atacada, sendo tal prerrogativa concedida apenas àqueles que, efetivamente, veem seus direitos lesionados pelo *decisum*.

O recurso de agravo no processo de execução penal pode ser interposto pelo Ministério Público, pelo sentenciado, seu representante, cônjuge, parente ou descendente, conforme o art. 195 da Lei de Execução Penal.

O Conselho Penitenciário e a autoridade administrativa, apesar de mencionados no art. 195, não possuem legitimidade para recorrer, pois suas funções são consultivas e fiscalizadoras.

O recurso visa garantir ao sentenciado o direito à revisão de decisões que lhe causem prejuízo, assegurando o acesso ao agravo mesmo quando o sentenciado está preso. O agravo pode ser interposto por petição ou termo nos autos e, se o sentenciado não tiver defensor, será nomeado um, conforme o art. 263 do CPP, em respeito ao direito constitucional à ampla defesa, essencial ao equilíbrio processual e à garantia dos direitos no âmbito da execução penal.[1034]

O agravo em execução, por sua própria natureza, constitui um recurso e como tal possuí a característica da voluntariedade e, em face da ausência de regulamentação específica na LEP quanto ao seu procedimento, deve submeter-se à disciplina geral do recurso em sentido estrito[1035], consoante entendimento majoritário. Veja:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. RITO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRECEDENTES DO STJ. FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. TRASLADO DE PEÇAS OBRIGATÓRIAS PREVISTAS ART. 544, § 1º, DO CPC. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando no sentido de que se aplica ao agravo em execução, diante da ausência de expressa previsão legal, no que couber, o rito previsto no Código de Processo Penal ao recurso em sentido estrito. 2. Não há falar em constrangimento ilegal pela ausência de traslado das peças obrigatórias previstas no art. 544, § 1º, do CPC. 3. Embora o agravo em execução seja exemplo de recurso que deva ser formado mediante o traslado de peças dos autos principais, o recorrente não tem a obrigação de cumprir com as formalidades contidas no Código de Processo Civil, ao cuidar do recurso de agravo, mas àquelas contidas nos arts. 581 e seguintes do Código de Processo Penal, desde que sejam compatíveis com o processo de execução penal. 4. Ordem denegada (STJ, HC 133225/MS, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, data do julgamento: 01/10/2009, data da publicação: 03/11/2009).*

Diverge-se, portanto, da posição descrita anteriormente, doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, que advogam pela

aplicação das normas que orientam o rito do agravo previsto no Código de Processo Civil.[1036]

Ademais, na esteira da interpretação analógica e à luz do art. 2º da LEP, o prazo para a interposição do agravo em execução é de cinco dias, conforme se extrai da sistemática do art. 586 do Código de Processo Penal (CPP). Este entendimento, inclusive, é corroborado pela Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal, que sedimenta o entendimento de que o agravo deve ser interposto nesse interstício temporal, reafirmando, assim, a aplicação subsidiária do regime processual do recurso em sentido estrito ao agravo em execução.

Adicionalmente, conforme entendimento doutrinário prevalente, o agravo em execução pode tramitar nos próprios autos, dispensando-se a formação de instrumento, desde que tal procedimento não prejudique o regular andamento do feito, à semelhança do preceituado no art. 583, III, do CPP. A peça recursal, dirigida ao juízo da execução, pode vir acompanhada das razões que embasam o inconformismo do agravante ou, alternativamente, essas razões podem ser apresentadas em momento posterior.

O prazo para apresentação das razões, caso não tenham acompanhado a petição inicial, é de dois dias, conforme regramento do art. 588 do CPP, sendo, após este lapso temporal, aberta vista dos autos ao recorrido, que terá igual prazo para apresentar suas contrarrazões. Com ou sem a resposta do agravado, os autos serão conclusos ao magistrado, que poderá, no prazo de dois dias, retratar-se ou sustentar sua decisão, determinando, se necessário, a juntada de documentos essenciais ao julgamento do recurso. O recurso subirá independente de novos arrazoados, nos termos do art. 589 do CPP.

É mister assinalar que o agravo em execução submete-se ao denominado juízo de retratação, em decorrência do efeito devolutivo inverso ou iterativo, nos termos do art. 589 do CPP, permitindo que o magistrado reveja a decisão anteriormente proferida.

Isso ocorre em razão de que, diferentemente do RESE, que só pode ser interposto nas hipóteses previstas em lei (art. 581 do CPP), o agravo em execução abrange todas as decisões com carga decisória proferidas no âmbito da execução penal. Isso permite que, sempre que o magistrado modificar sua decisão em juízo de retratação, o agravado possa buscar sua reforma por meio de simples petição. Após interposto o agravo, os autos serão remetidos ao tribunal competente no prazo de cinco dias (art. 591 do CPP) e, após o julgamento, deverão retornar ao juiz de origem também em cinco dias (art. 592 do CPP).

Há controvérsia doutrinária acerca da possibilidade de impetração de mandado de segurança com o escopo de conferir efeito suspensivo ao agravo em execução. De um lado, há aqueles que defendem a admissibilidade do *mandamus* para este fim, inclusive reconhecendo a legitimidade ativa do MP para tal impetração. Por outro lado, há corrente doutrinária que rechaça tal possibilidade, negando, inclusive, a legitimidade do *parquet*. É de se aceitar que, em hipóteses excepcionais, revela-se admissível e até necessário o efeito suspensivo ao agravo.[1037]

Sobre o tema:

> *[...] O Ministério Público não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança almejando atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo em execução, porquanto o órgão ministerial, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, não pode restringir o direito do acusado ou condenado além dos limites conferidos, pela legislação, mormente se, nos termos do art. 197, da Lei de Execuções Penais, o agravo em execução não possui efeito suspensivo" (STJ, HC 47.516 – SP, ministra Laurita Vaz, julgado em 13 de setembro de 2005).*
> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS PARA CASSAR ACÓRDÃO QUE, EM MS DO MP, ATRIBUIU EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DO ART. 197 DA LEP. AUSÊNCIA*

*DE TERATOLOGIA NA DECISÃO JUDICIAL MONOCRÁTICA AGRAVADA E OBJETO DAQUELE MS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. O MP detém legitimidade subjetiva ativa e interesse processual para interpor MS visando obter efeito suspensivo ao Agravo em Execução (art. 197 da CEP), ou qualquer outra medida capaz de produzir tal efeito, mas o seu deferimento depende da presença dos elementos que autorizam a concessão do feito mandamental, quais sejam a plausibilidade de provimento do recurso e o perigo de dano irreversível, o que não ocorre no caso sub judice. 2. Há mera expectativa de provimento, e não plausibilidade de tal resultado, se o Agravo do art. 197 da LEP, ataca decisão judicial que se revestiu de aparente juridicidade e, inclusive, fundou-se em precedente do colendo STF (HC 82.959/SP). 3. Antes da edição da Lei 11.464/2007, que fixou em 2/5 o tempo mínimo de cumprimento da pena por crime hediondo para a progressão de regime, ou 3/5 em caso de reincidência, regia-se a espécie pelo art. 112 da LEP, que exigia apenas 1/6 para concessão desse benefício, como o reconheceu o Juiz de primeiro grau. 4 Ordem concedida, apenas para tornar insubsistente o acórdão que atribuiu efeito suspensivo ao Agravo em Execução Penal, mas sem qualquer interferência no julgamento do referido recurso pela Corte de origem, como entender de direito. (*STJ-*HABEAS CORPUS Nº 83.968 - RJ (2007/0125153-0) – 2007).*

Também, à luz da Súmula 604 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cumpre registrar que o mandado de segurança não se presta à atribuição de efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público.

Por outro lado, a Súmula 701 do STF prescreve que, quando o mandado de segurança for impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.[1038]

Impõe-se mencionar que a decisão que nega seguimento ao agravo em execução deve ser atacada por meio da carta testemunhável, conforme disposto nos arts. 639 a 646 do CPP, a fim de assegurar a tramitação do recurso.

No que tange à fungibilidade recursal, princípio consagrado no art. 579 do CPP, dispõe-se que, salvo na hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro. Tal princípio, aliado à identidade de natureza entre o agravo em execução e o recurso em sentido estrito, permite que o recurso erroneamente interposto como um seja conhecido como o outro, conforme entendimento jurisprudencial. Ademais, o pedido de

correição parcial pode ser conhecido como agravo em execução, em face do princípio da fungibilidade. [1039]

A seguir, decisão interessante em que o TRF aplica o princípio da fungibilidade para conhecer o agravo em execução de uma apelação interposta:

> *PENAL - PROCESSO PENAL - SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - APELAÇÃO RECEBIDA COMO AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA - MARCO INICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES - IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA - RECURSO PROVIDO.*
> *1. Correta a convolação do apelo interposto em agravo em execução, que é o meio recursal cabível para impugnar decisões no curso do processo de execução das penas, nos termos do artigo 197, da Lei de Execução Penal. Ademais, o recurso é tempestivo, não havendo razões para se cogitar de má-fé ou mesmo a existência de erro grosseiro, eis que o decreto de extinção de punibilidade sobreveio no contexto da análise meritória da imputação. Precedentes.*
> *2. O mérito recursal se limita à correta verificação do termo inicial da prescrição da pretensão executória do Estado. Isso porque o MM. Juízo de origem entendeu tal marco como sendo a data em que iria se iniciar a execução penal, enquanto o Parquet Federal sustenta a tese de que a data a ser contada é aquela do trânsito em julgado da sentença condenatória para as partes, posto que entre a data de do trânsito em julgado da sentença para a acusação (18/12/2006 - fl. 440) e a data do trânsito em julgado definitivo (18/06/2014 - fls. 619vº) não transcorreu o prazo de 08 (oito) anos.*
> *3. O Supremo Tribunal Federal, interpretando o alcance do princípio constitucional da presunção da inocência, vedou toda e qualquer execução provisória (HC 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, Informativo STF nº 534), estando o Ministério Público impedido de pleitear a execução da pena enquanto o feito não transitar em julgado para ambas as partes. Seria um contrassenso reconhecer a prescrição da pretensão executória pelo transcurso de um lapso temporal durante o qual o Estado-acusação não pode agir e que escoa em benefício exclusivo das postulações recursais da defesa.*
> *4. Com a devida vênia, o pensamento em contrário parece-nos ensejar impunidade e pecar por dar ao art. 112, I, já referido, interpretação que não subsiste, por adequar-se apenas ao contexto legislativo anterior. Assim, porque a Justiça Pública ainda não podia pretender que se iniciasse a execução da sanção penal cominada ao acusado, o que só passou a ser possível a partir de 18 de junho de 2014, quando a condenação e a sanção penal restaram confirmadas por decisão transitada em julgado (fl. 619vº). Assim, não se pode concluir que houve a prescrição da pretensão executória do Estado, eis que o prazo prescricional de 08 (oito) anos ainda não se ultimou.*
> *5. Deixo assentado que o lapso prescricional da pretensão executória não restou ultrapassado, uma vez que teve início somente quando operado o trânsito em julgado do v. acórdão para a acusação e a defesa. É que somente a partir desse momento é que as penas cominadas aos réus se tornaram executáveis, em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência.*

6. Conclui-se que os fatos delituosos não foram atingidos pelo fenômeno da prescrição executória, subsistindo, em favor do Estado, o direito de punir e executar as penas cominadas aos condenados, razão pela qual indefiro o pleito da defesa.
7. Recurso ministerial provido. (TRF-3, Apelação Criminal Nº 0000331-44.2000.4.03.6181/SP D.E. Publicado em 04/05/2016)

Todavia, cumpre salientar que o habeas corpus, apesar de comumente impetrado no âmbito da execução penal, não pode ser utilizado como substituto do agravo em execução. A interposição do agravo em execução é cabível em hipóteses como: decisão que extingue pena privativa de liberdade, progressão de regime, indeferimento de unificação de penas e livramento condicional.

Enfim, cabe mencionar que a sustentação oral no julgamento do agravo em execução é admitida, assim como os embargos infringentes, quando cabíveis, garantindo ampla defesa às partes envolvidas. [1040]

---

941 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 269.

942 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 269.

943 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 269.

944 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 427.

945 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 427.

946 MOUGENOT, Edson Bonfim. **Curso de processo penal**... p. 580

947 MOUGENOT, Edson Bonfim. **Curso de processo penal**... p. 580

948 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 233.

949 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 270.

950 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 270.

951 TORNAGHI, Hélio, vol. 2, p. 306 citado por DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022;

952 NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos** [livro eletrônico]. 8. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-3.4.

953 TORNAGHI, Hélio, vol. 2, p. 306 citado por DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022;

954 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

955 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

956 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

957 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

958 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

959 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 467.

960 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais** [livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

961 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais** [livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-5.3.

962 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais** [livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-5.4.

963 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 583.

964 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais** [livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-5.4.

965 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais** [livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-5.5.

966 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

967 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais** [livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

968 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 468.

969 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 468.

970 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 468.

971 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 468.

972 RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. CONDENADO QUE REQUER DESISTENCIA DO RECURSO INTERPOSTO PELO DEFENSOR DATIVO. GARANTIA DA AMPLA DEFESA. O conflito de vontades entre o acusado e o defensor, quanto a interposição de recurso, resolve-se, de modo geral, em favor da defesa tecnica, seja porque tem melhores condições de decidir da conveniencia ou não de sua apresentação, seja como forma mais apropriada de garantir o exercício da ampla defesa. Precedentes. Prescrição da pretensão punitiva a operar em beneficio do réu. (RE 188703, Relator(a): FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 04-08-1995, DJ 13-10-1995 PP-34290 EMENT VOL-01804-10 PP-01914)

973 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**, v. 2, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 364.

974 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 468.

975 GRINOVER , Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; e FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**, 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

976 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 1.624

977 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 386.

978 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais** [livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

979 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 585.

980 Conferir: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, 12. ed., 2023; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de processo penal**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2024; E. OLIVERA, Eugenio Pacelli e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 15. ed., Salvador: JusPODIVM, 2023.

981 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

982 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

983 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 469.

984 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 601.

985 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 469.

986 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 601.

987 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 268.

988 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 273.

989 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 274.

990 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 269.

991 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 268.

992 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 268.

993 ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 273.

994 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

995 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

996 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023

997 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 471.

998 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 471.

999 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 471.

1000 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 471.

1001 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

1002 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 590.

1003 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 590.

1004 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 590.

1005 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

1006 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de processo penal**. 3 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2023.

1007 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

1008 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

1009 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

1010 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

1011 ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

1012 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024

1013 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

1014 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

1015 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2024

1016 MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

1017 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

1018 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 1168.

1019 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2024

1020 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

1021 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

1022 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024

1023 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

1024 MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

1025 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal,** vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 361.

1026 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-16.126.

1027 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-16.131

1028 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-16.131

1029 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-16.130

1030 DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

1031 BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. **Dos embargos de declaração.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991; MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

1032 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 1248.

1033 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2024, p. 1248.

1034 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

1035 O TJ/SP, em seu regimento interno impôs que o rito a ser observado é do RESE: "Art. 251. O agravo em execução penal será processado na forma do recurso em sentido estrito e julgado por uma das Câmaras Criminais, vedado ao juiz negar-lhe seguimento. Publicado o julgamento, a decisão será comunicada ao juiz, no prazo de cinco dias, independentemente da intimação do acórdão".

1036 GRINOVER , Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; e FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**, 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

1037 MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

1038 MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

1039 MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

1040 MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

21 DA EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é um ramo do Direito que visa harmonizar duas forças antagônicas: a efetividade do direito de punir e a garantia dos direitos fundamentais do condenado, como a dignidade humana e a liberdade individual.

Esse campo do saber jurídico é de extrema importância, pois lida diretamente com a aplicação concreta das penas, funcionando como um prolongamento do Direito Penal. A execução penal não pode ser vista como palco para o exacerbamento da força punitiva, mas sim como um ambiente normativo que busca limitar o poder de punição estatal dentro dos parâmetros mais fundamentais do ser humano.

Nesse cenário, a execução penal se apresenta como um espaço de mediação entre os interesses da sociedade em garantir sua segurança e a necessidade de assegurar os direitos do condenado, mesmo após a imposição de uma pena. O conflito entre a proteção da sociedade e a preservação dos direitos do condenado se reflete em dicotomias, como eficácia punitiva *versus* garantias individuais e neutralização/exclusão versus ressocialização.

O papel da execução penal é encontrar o equilíbrio necessário para que a punição não se transforme em mera retribuição desmedida, em mera vingança, mas cumpra também uma função social de reintegração do apenado.

Apesar de sua relevância, a execução penal ainda é um tema que não recebe a devida atenção nos estudos acadêmicos, especialmente nas universidades, que costumam privilegiar outros aspectos do Direito Penal, como a teoria do delito ou as novas criminalizações empresariais.

No entanto, isso não significa que não existam importantes contribuições legislativas, doutrinárias e criminológicas sobre o tema. A menor atenção ao estudo da execução penal é uma realidade em vários países, não apenas no Brasil, e é fundamental que esse quadro seja revertido para que o sistema penal possa cumprir plenamente sua função social.

Nos próximos tópicos, serão abordados os principais itens que compõem a execução penal brasileira, passando por aspectos como as modalidades de pena, os direitos do condenado, a individualização da execução e o papel das medidas de segurança, além de uma breve análise crítica sobre o sistema penitenciário brasileiro e suas principais falhas.

21.1 Disposições gerais

O processo de execução penal inicia-se, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com a expedição da guia de recolhimento, realizada pelo juiz do processo de conhecimento. Após expedi-la, o juiz encaminha a guia ao juízo das execuções criminais para dar início à execução da pena. O art. 674 do CPP dispõe:

> *Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.*

A execução da pena é regida pela Lei de Execução Penal (LEP), Lei 7.210/84, a qual estabelece as condições para a execução das penas e a reintegração social dos condenados e internados, conforme expresso no art. 1.

Inobstante não tenha existido revogação expressa do Livro IV do CPP, a Lei 7.210/1984 (LEP) normatizou toda a matéria, de maneira que, por ser nova e especial é esta quem será utilizada para regular a execução penal brasileira.

A guia de recolhimento deve ser extraída pelo poder judiciário, em nenhum momento é possível atribuir tal ônus à defesa. Os elementos indispensáveis à formação da guia estão previstos no art. 106 da LEP:

> *Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:*
> *I - o nome do condenado;*
> *II - a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação;*
> *III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;*
> *IV - a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução;*
> *V - a data da terminação da pena;*
> *VI - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.*
> *§ 1º Ao Ministério Público se dará ciência da guia de recolhimento.*
> *§ 2º A guia de recolhimento será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução ou ao tempo de duração da pena.*
> *§ 3° Se o condenado, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal, far-se-á, na guia, menção dessa circunstância, para fins do disposto no § 2°, do artigo 84, desta Lei.*

Segundo o entendimento jurisprudencial pacificado a expedição da guia de recolhimento definitivo para a execução da pena em caso de condenado foragido é condicionada ao cumprimento do mandado de prisão do foragido, veja:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PACIENTE FORAGIDO. EXPEDIÇÃO DA GUIA DE RECOLHIMENTO DEFINITIVA PARA A EXECUÇÃO DA PENA CONDICIONADA AO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO (LEI N. 7.210/1984, ART. 105). HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. O agravante está foragido, em que pese tenha transitado em julgado a condenação imposta. 2. A expedição da guia de recolhimento definitiva para a execução fica condicionada ao cumprimento do mandado de prisão (Lei n. 7.210/1984, art. 105). 3. Agravo interno desprovido.*
> *(HC 201418 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 20-09-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 27-10-2021 PUBLIC 28-10-2021)*

Se o condenado tiver preso (prisão provisória ou definitiva por outro crime), a guia de recolhimento deve ser expedida no prazo máximo de 5 dias, a contar do trânsito em julgado da sentença ou

acórdão, ou do efetivo cumprimento do mandado de prisão, nos termos do art. 2º, § 1º, da Resolução n. 113/2010 do CNJ.

No caso de início do cumprimento da pena no regime aberto, o STJ já decidiu que tal regime não impede a expedição de guia de recolhimento. O ministro Reynaldo Soares da Fonseca, com base no HC 147.377/STF, determinou a expedição da guia de recolhimento sem a necessidade de prisão, permitindo que a defesa apresente recursos ao juízo de execução. Portanto, não há necessidade que o condenado se apresente à prisão para iniciar o cumprimento da pena, a interpretação do STJ garante a efetividade da justiça, pois se uma pessoa não irá iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, não há nenhuma lógica jurídica em impor sua prisão para simplesmente iniciar o cumprimento da pena.

O artigo 107 da LEP busca efetivar um processo penal justo e transparente, asseverando que o cumprimento de penas privativas de liberdade seja rigorosamente formalizado por meio da expedição da guia de recolhimento e formação do processo de execução da penal.

Assim, há a necessidade de uma guia de recolhimento expedida por uma autoridade judicial para que o condenado seja efetivamente recolhido ao sistema penitenciário. Tal exigência denota a importância do controle judicial sobre a execução das penas, impedindo ilegalidades e assegurando que o processo de cumprimento seja devidamente autorizado e documentado.

A previsão legal de que a autoridade administrativa responsável pela execução da pena deve emitir um recibo da guia de recolhimento e informar o condenado sobre os termos da pena, previsto no § 1º garante que o condenado esteja ciente da sua situação penal e que todas as etapas estejam documentadas, evitando eventuais falhas ou abusos no cumprimento da pena. Tal

previsão protege tanto o direito do condenado quanto a integridade do sistema de justiça, uma vez que todo o procedimento é registrado e pode ser revisado.

O § 2º do art. 107 da LEP, por sua vez, institui o registro das guias em um livro especial, garantindo a ordem cronológica de seu recebimento e o apropriado acompanhamento da execução penal, pela defesa, pelo juízo da execução, MP e órgãos penitenciários.

Este registro é fundamental para manter um controle rígido sobre o cumprimento das penas, autorizando que atualizações, como o cálculo de remição de pena ou outras modificações, sejam devidamente registradas.

Ademais, importante relembrar que o apenado não deixa de ser detentor de direitos e por óbvio, continua sendo pessoa, havendo a necessidade de ser garantindo, dentro do sistema prisional, seus direitos basilares. Por tal razão as assistências ao condenado previstas na LEP abrangem:

a) Assistência material: garantida nos arts. 12 e 13, inclui alimentação, vestuário, instalações higiênicas e serviços pessoais básicos.

b) Assistência à saúde: nos ternos do art. 14, cobre atendimento preventivo e curativo, incluindo acompanhamento médico para gestantes e recém-nascidos.

c) Assistência jurídica: prevista nos arts. 15 e 16, oferece apoio jurídico gratuito para presos que não possuam recursos financeiros.

d) Assistência educacional: com disposição nos arts. 17 ao 21, assevera educação fundamental obrigatória, formação profissional e bibliotecas nas prisões, com direito à remição da pena pelo estudo, conforme alteração da LEP pela Lei n. 12.433/2011.

e) Assistência social: prevista nos arts. 22 e 23, possui o escopo de amparar o preso e prepará-lo para o regresso à liberdade.

f) Assistência religiosa: o art. 24 assegura que consiste em "liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa".

g) Assistência ao egresso: disposta nos arts. 25 ao 27, busca oferecer "orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade", oferecimento de alojamento e alimentação e auxílio na obtenção de emprego.

Tais assistências dirigem à reabilitação e reintegração social dos egressos do sistema prisional, de acordo com as disposições legais da LEP.

21.2 Das penas

O CP traz as espécies de pena no direito brasileiro: "art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa".

A seguir, os tópicos trarão os principais elementos processuais atinentes ao cumprimento de cada espécie de pena.

21.2.1 Da pena de multa

Via de regra, em um preceito penal incriminador a imposição da pena é cumulada com a pena de multa, é comum observar a pena privativa de liberdade e a de multa no mesmo tipo penal. O art. 49 trata da definição da pena de multa e da mensuração da mesma:

> *Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.*

> *§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário*
> *§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária*

O art. 50 do CP institui os preceitos concernentes ao pagamento de multas penais, determinando que o condenado deve efetuar o pagamento da multa no prazo de 10 dias, contados após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O art. 164 da LEP dispõe que: "extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado", a qual vale "como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora".

Esse prazo visa assegurar que a execução da multa ocorra rapidamente após o esgotamento dos recursos, autorizando que a pena tenha efeito imediato. Todavia, o legislador, atento às condições econômicas do condenado, atribuiu ao juiz a possibilidade de flexibilizar essa exigência. A critério do juiz e de acordo com as circunstâncias do caso, o pagamento da multa pode ser parcelado em mensalidades, promovendo o cumprimento da penalidade sem ocasionar dificuldades excessivas ao réu.

Sobre o pagamento mensal, dispõe a LEP:

> *Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o artigo 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao Juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas.*
> *§ 1° O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações.*
> *§ 2º Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, revogará o benefício executando-se a multa, na forma prevista neste Capítulo, ou prosseguindo-se na execução já iniciada.*

Essa flexibilidade no parcelamento é um mecanismo importante, pois trata-se de uma forma de equilibrar o cumprimento da pena

com a realidade socioeconômica do réu, preservando o princípio da dignidade da pessoa humana.

O § 1º do artigo 50 prevê a possibilidade de que a multa seja descontada diretamente do vencimento ou salário do condenado. Essa modalidade de cobrança pode ser aplicada em três situações: I) Quando a multa for aplicada isoladamente, ou seja, sem outra pena combinada; II) Quando for aplicada cumulativamente com uma pena restritiva de direitos, por ex. prestação de serviços à comunidade; III) Quando houver concessão da suspensão condicional da pena, *sursis*.

O art. 170 da LEP dispõe que, quando a multa é aplicada junto com uma pena privativa de liberdade, ela pode ser cobrada durante o cumprimento da pena por meio de descontos na remuneração do condenado. O § 1º do citado artigo impõe que, se o condenado cumprir a pena de prisão ou obtiver livramento condicional sem ter adimplido a multa, a cobrança continuará de acordo com as regras previstas neste capítulo. O § 2º dispõe sobre a cobrança da multa em caso de *sursis*.

Essa medida visa garantir a execução da multa quando o condenado tem uma fonte regular de renda, facilitando o pagamento ao deduzir a quantia diretamente do salário ou vencimento, sem a necessidade de outras medidas de cobrança, como a penhora, por exemplo.

O § 2º do art. 50 do CP, apresenta uma proteção fundamental, ao colocar que o desconto no salário ou vencimento "não pode incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família". Isso quer dizer que, mesmo que a multa deva ser adimplida, o juiz deve analisar e respeitar o mínimo necessário para que o condenado e seus dependentes tenham possibilidade de condições básicas de sobrevivência. Essa norma robustece a ideia de que a

execução penal, conquanto necessária, não pode se apresentar em uma violação dos direitos fundamentais, como o direito à subsistência.

Complementando o art. 50 do CP, o art. 168 da LEP dispõe:

> *Art. 168. O Juiz poderá determinar que a cobrança da multa se efetue mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nas hipóteses do artigo 50, § 1º, do Código Penal, observando-se o seguinte:*
> *I - o limite máximo do desconto mensal será o da quarta parte da remuneração e o mínimo o de um décimo;*
> *II - o desconto será feito mediante ordem do Juiz a quem de direito;*
> *III - o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo Juiz, a importância determinada.*

O artigo 164 da LEP trata da penhora como meio de assegurar o pagamento de multa imposta em sentença penal. O texto legal determina que devem ser penhorados bens suficientes para garantir o valor da execução, e o procedimento de nomeação e execução desses bens segue as regras estabelecidas no CPC.

Se a penhora recair sobre bens imóveis, embora o art. 165 da LEP assevere que devem os autos serão remetidos ao juízo cível para continuidade do processo, o STF, em interpretação ao pacote anticrime, assevera que é atribuição do MP executar os valores a título de pena de multa, sem a necessidade de inscrição em dívida ativa, bastando a sentença penal condenatória (que é título executivo judicial), sendo competente o Juízo da Vara das Execuções Criminais.

Importante explicar que a conversão de multa em prisão, que antes era permitida pelo art. 51 do Código Penal, foi abolida pela Lei 9.268/1996. A partir dessa mudança, a multa passou a ser tratada como uma dívida de valor, o que impossibilita sua conversão em pena de prisão. Dessa forma, caso um juiz tente converter a multa em prisão, tal ato seria considerado ilegal e poderia ser contestado por meio de um *habeas corpus*.

Importante citar que por muito tempo, os tribunais brasileiros seguiam o entendimento de que a multa penal deveria ser executada na Vara da Fazenda Pública, sendo responsabilidade da Procuradoria da Fazenda cobrar essa dívida. No entanto, em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) revisou esse entendimento. O novo posicionamento atribuiu ao MP a responsabilidade pela cobrança da multa em uma Vara de Execução Criminal. A Procuradoria da Fazenda Pública só poderia atuar se o Ministério Público não tomasse providências para cobrar a multa dentro de 90 dias após o trânsito em julgado da sentença.

Posteriormente, a Lei 13.964/2019 fez novas alterações ao art. 51 do CP, determinando que a multa seja executada exclusivamente pelo juiz da execução penal, afastando, assim, a competência da Vara de Execução Fiscal, dispondo que são "aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição", ou seja, apenas as normas continuam sendo aplicáveis, dada a natureza de dívida de valor, mas com índole de sanção penal.

Essa mudança consolidou a ideia de que a cobrança da multa é responsabilidade exclusiva do Ministério Público, superando o entendimento anterior do STF. Além disso, essa alteração também tornou a Súmula 521 do STJ obsoleta, uma vez que ela seguia a interpretação antiga de que a multa deveria ser executada na Vara da Fazenda Pública.

O art. 52 do CP impõe a suspensão da "execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental".

Outro ponto importante sobre o tema é a decisão proferida no julgamento da ADI n. 7032, a ação questiona a alteração do art. 51 do CP, promovida pela Lei n. 13.964/2019, acerca do não pagamento de multa como causa de impedimento à extinção da punibilidade. O

STF decidiu que a multa continua sendo uma sanção criminal, mesmo quando tratada como uma dívida de valor, nos termos do art. 5º, XLVI, "c" da Constituição Federal.

O Supremo considerou constitucional exigir o pagamento da multa para o reconhecimento da extinção da punibilidade quando esta é imposta junto com a pena privativa de liberdade. Todavia, se o condenado comprovar a impossibilidade de pagar, dada a hipossuficiência financeira e a situação concreta do caso, incluindo a opção de pagamento parcelado, essa exigência poderá ser dispensada. A decisão deu provimento parcial para interpretar o artigo de forma compatibilizada com a Constituição, no sentido de que o não pagamento da multa não impede a extinção da punibilidade em casos de comprovada incapacidade financeira. Veja ementa:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 51 DO DECRETO-LEI Nº 2.848/1940 (CÓDIGO PENAL). LEI Nº 13.964/2019. PENA DE MULTA. INADIMPLEMENTO. ÓBICE À EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 5º, XLVI, "c", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESSALVA. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. DEMONSTRAÇÃO. INTEPRETAÇÃO CONFORME. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A alteração legislativa implementada no art. 51 do Código Penal, pela Lei nº 13.964/2019, não desnaturou a pena de multa, que permanece dotada do caráter de sanção criminal, a teor do art. 5º, XLVI, "c", da Constituição da República. 2. Esta Suprema Corte, ao julgamento da ADI 3.150, igualmente veiculada contra o art. 51 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.268/1996, pacificou o entendimento de que a pena de multa, embora considerada dívida de valor, não perde a sua natureza de sanção criminal. 3. É constitucional condicionar o reconhecimento da extinção da punibilidade ao efetivo pagamento da pena de multa - conjuntamente cominada com a pena privativa de liberdade -, ressalvada a hipótese em que demonstrada a impossibilidade de pagamento da sanção patrimonial. 4. Pedido provido parcialmente para conferir, ao art. 51 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de que, cominada conjuntamente com a pena privativa de liberdade, o inadimplemento da pena de multa obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade, salvo comprovada impossibilidade de seu pagamento, ainda que de forma parcelada. (ADI 7032, Relator(a): FLÁVIO DINO, Tribunal Pleno, julgado em 25-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 11-04-2024 PUBLIC 12-04-2024)*

Assim, o cenário atual determina que a multa penal seja tratada de forma mais clara e precisa, com atribuições bem definidas entre

os órgãos responsáveis pela sua execução, garantindo maior coerência no sistema penal e maior justiça, diante do cenário socioeconômico brasileiro e da impossibilidade de pena perpétua no direito brasileiro.

21.2.2 Das penas privativas de liberdade

As penas privativas de liberdade estão reguladas na LEP nos arts. 105 ao 146. Tais penas privativas são sanções penais que removem ou limitam do condenado seu direito de ir e vir, diante da prisão por tempo determinado. Os regimes de cumprimento são: fechado, semiaberto ou aberto.

O art. 33 do CP diferencia a pena privativa de liberdade em detenção e reclusão, fazendo-o a partir do regime inicial de cumprimento da pena a ser aplicado:

> *Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado*
> *§ 1º - Considera-se:*
> *a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;*
> *b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;*
> *c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.*

O art. 110 da LEP remete ao art. 33 da LEP. O Art. 111 da LEP trata da unificação das penas para fins de determinar o regime de cumprimento da pena:

> *Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.*
> *Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.*

Existe divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a unificação das penas de reclusão e detenção para a fixação do regime

prisional apresentando duas correntes de interpretação.

A primeira corrente defende que, de nos termos do art. 111 da LEP, havendo há mais de uma condenação, as penas devem ser somadas para determinar o regime de cumprimento, incluindo penas de reclusão e detenção. Isso permite que o regime seja fixado de forma cumulativa, podendo resultar em um regime mais severo do que o previsto inicialmente para cada crime (STF RHC 118626 / MS; STJ AgRg no HC 661201 / SP).

A segunda corrente, a qual este autor se filia, defende que, devido à natureza diferenciada das penas de reclusão e detenção, elas não devem ser unificadas. Ao contrário, o executado deve cumprir primeiro a pena de reclusão e, em após, a de detenção, cada uma em seu regime de cumprimento específico, nos termos dos arts. 33, 69 e 76 do CP e do art. 681 do CPP (STJ AREsp 1658303/GO).

21.2.2.1 Da progressão de regime de cumprimento da pena

O cumprimento da pena privativa de liberdade no direito brasileiro, consoante o disposto no art. 59 do CP, tem como o escopo a reprovação e a prevenção do crime, buscando a ressocialização do apenado. Por tal razão, o regime de cumprimento inicia do mais severo (fechado, semiaberto ou aberto) a depender da pena comida e das circunstâncias para o regime mais brando, até a concessão de livramento condicional.

Assim, presentes os requisitos a ideia é que o executado progrida de regime, saindo do mais gravoso para o regime mais brando até o efetivo cumprimento da pena é o que se denomina progressão da pena, previsto no art. 112 da LEP: “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz”.

Todavia, se o apenado descumpre os deveres da execução da pena é possível que ele regrida de regime, saindo do regime menos rígido para um mais gravoso, p. ex. saindo do semiaberto para o fechado.

Antes de tratar das particularidades da progressão da pena, importante explicar sobre o regime inicial de cumprimento da pena. Dispõe o art. 33, §2º, "a", do CP que se a pena privativa de liberdade imposta ao condenado for superior a 8 anos, o início do cumprimento da pena deve ser em regime fechado, trata-se de regra geral para condenações com penas altas. Veja:

> *Art. 33 [...]*
> *§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso*
> *a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
> *b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*
> *c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*
> *§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.*
> *§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.*

O início de cumprimento da pena em regime mais gravoso, se não observados os requisitos do art. 33 do CPP, como a pena superior a 8 anos, não pode se dar pela simples natureza da infração. Embora existam normas como a lei de tortura, lei n. 9.455/97, art. 1º, §7º que imponha o início do cumprimento da pena em regime fechado, o STJ já decidiu sobre a inconstitucionalidade deste artigo, visto que o fundamento legal não pode ser o único para embasar o regime de cumprimento de pena mais severo, especialmente se as condições do art. 59 do CP forem benéficas.

A Lei n.º 8.072/1990, Lei de Crimes Hediondos, no seu art. 2º, §1º impõe, do mesmo medo, o início obrigatório em regime fechado para

crimes hediondos e equiparados, como tráfico de drogas e terrorismo. O plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, em julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria, já havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2.º, da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, incluído o crime de tortura.

Posteriormente, foi fixada tese no mesmo sentido, a fim de impor a observação do art. 33 e 59 do CP para fixar o regime inicial, o qual se for inferior a 8 anos poderá ser o semiaberto:

> *É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal.*
> *[Tese definida no ARE 1.052.700 RG, rel. min. Edson Fachin, P, j. 2-11-2017, DJE 18 de 1º-2-2018, Tema 972.]*

Superado o tema relativamente ao regime inicial de cumprimento da pena, a seguir será analisada a progressão de regime.

Após a alteração acarretada pelo pacote anticrime Lei 13.964/2019 que revogou o § 2º, do art. 2.º, da Lei n. 8.072/90, há a permissão de progressão de regime após o cumprimento de frações da pena, sendo observado o art. 112 da LEP. Ainda sobre os crimes hediondos a Súmula vinculante n. 26 dispõe acerca da possibilidade de progressão, se preenchidos os requisitos legais:

> *Súmula Vinculante 26*
> *Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º 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.*

Os requisitos para progressão de regime são objetivos e subjetivos. Os objetivos é o tempo de cumprimento da pena em cada

regime e para cada tipo de crime, os subjetivos estão previstos no § 1º do art. 112: “boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

> *Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:*
> *I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
> *II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*
> *III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
> *IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*
> *V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;*
> *VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:*
> *a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;*
> *b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou*
> *c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;*
> *VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;*
> *VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.*

O pedido de progressão de regime deverá ser protocolado por meio de simples petição endereçada ao juízo da vara de execução penal competente. Na petição é necessário conter a qualificação completa do apenado e uma concisa narrativa do pedido.

O cálculo de progressão de regime, conforme é possível constatar, foi alterado pelo pacote anticrime, que modificou o art. 112 da LEP. Para a progressão de regime, o condenado deve atender dois critérios: o objetivo, que é o cumprimento de uma porcentagem da pena e o subjetivo, consistente na avaliação social. A porcentagem necessária para a progressão, conforme disposição legal, varia conforme o tipo de crime (hediondo ou comum), se o condenado é

primário ou reincidente, e se o crime envolveu violência ou grave ameaça.

É importante esclarecer que para crimes cometidos antes da vigência do pacote anticrime aplica-se o lapso temporal previsto anteriormente, se mais benéfico ao apenado.

Além disso, fatores como faltas graves, estudo, trabalho e remição de pena também influenciam no cálculo. O defensor deve verificar cuidadosamente a individualização das infrações, os percentuais aplicáveis, a detração, dedução de tempo de prisão em razão de prisão cautelar e a data-base, para faltas graves para evitar erros de cálculo que possam prolongar o tempo de prisão.

Ademais, deve se observar se há dias a serem remidos. Remição é o direito que o condenado em regime fechado ou semiaberto tem de, a cada 3 dias de trabalho ou 12 horas de atividade escolar, dividida em três dias, descontar 1 dia de pena. Pena remida é pena cumprida e desta forma, o tempo de pena a ser descontado em razão da remição deve somar-se à pena cumprida.[1041] Nesse sentido é a tese firmada pelo STJ e publicada na edição n. 12:

> *O tempo remido pelo apenado por estudo ou por trabalho deve ser considerado como pena efetivamente cumprida para fins de obtenção dos benefícios da execução, e não simplesmente como tempo a ser descontado do total da pena.*

Nesse sentido os dias remidos devem ser descontados do total da pena e após deve ser realizado o cálculo da progressão da pena. No entanto, a remição só deve ser computada no cálculo após decisão do juiz informando que sejam remidos os dias da pena imposta. É de se mencionar condenado que for punido por falta grave disciplinar, "o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar" (art. 127 LEP).

O § 3º do artigo 112 da LEP, inserido pela Lei nº 13.769/2018, institui critérios específicos para a progressão de regime de mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. Para progredir o regime, é necessário, cumulativamente, que a apenada não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça, que o crime não tenha sido contra seu filho ou dependente, que tenha cumprido 1/8 da pena, seja primária, exiba bom comportamento carcerário, e não tenha participado de organização criminosa. Essas regras visam equilibrar o cumprimento da pena, a ressocialização e a proteção social. O § 4º do citado artigo assevera que "o cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo".

E o § 5º dispõe que "não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006". Esse dispositivo é especialmente relevante ao se tratar da vulnerabilidade social de mães envolvidas no tráfico de drogas. Muitas vezes elas são envolvidas no tráfico de forma marginal, sem integrar organizações criminosas, sendo usadas como "mulas" ou participantes de baixo escalão. Essas mulheres costumam entrar nesse mundo por falta de oportunidades, pressão econômica, ou até mesmo por coação de outros indivíduos.

Isso permite que, uma vez identificados esses elementos de vulnerabilidade social e econômica, o sistema penal trate tais casos com mais proporcionalidade, permitindo penas mais brandas e a progressão de regime em menor tempo.

Há que se explicar que uma vez alcançados os requisitos para a progressão o preso deve ir para regime menos gravoso, não sendo justificativa a manutenção do condenado em regime mais gravoso

diante da ausência de estabelecimento adequado, neste sentido é a súmula vinculante n. 56.

> *Súmula Vinculante 56*
> *A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.*

O RE 641.320, ao qual a Súmula Vinculante 56 faz alusão, autoriza que "o cumprimento da pena em regime semiaberto ocorra em estabelecimento que não seja caracterizado como colônia agrícola, ficando a cargo do magistrado estabelecer a adequação do estabelecimento à medida" [Rcl 25.054, rel. min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 10-3-2017, DJE 48 de 14-3-2017.].

Por tais razões, em casos de déficit de vagas, podem ser adotadas alternativas como saída antecipada, liberdade monitorada eletronicamente, penas restritivas de direitos ou prisão domiciliar, até que soluções adequadas sejam implementadas. Essas medidas visam assegurar os direitos do preso e equilibrar a execução da pena com as condições do sistema penitenciário [Tese definida no RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016, Tema 423.]

21.2.2.2 Das Autorizações de Saída

As autorizações de saídas se dividem em permissão de saída (arts. 120-121 da LEP) e saída temporária (arts. 122 ao 125 LEP).

O art. 120 da LEP concede a permissão de saída aos presos que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto, assim como aos presos provisórios. Trata-se de um direito que autoriza ao detento sair do estabelecimento prisional, sob escolta, em circunstâncias extraordinárias e humanitárias, desde que observados os requisitos legais.

As hipóteses que consentem a concessão dessa permissão estão listadas nos incisos do artigo. O inciso I prevê saída em casos de falecimento ou doença grave de pessoas próximas ao preso, como cônjuge, companheira, ascendentes (pais e avós), descendentes (filhos e netos) ou irmãos. Visa permitir que o condenado tenha a chance de prestar assistência ou despedir-se de familiares em momentos de penúria, conhecendo, ainda que no cumprimento de pena ou prisão provisória, a importância dos laços familiares na existência humana.

O inciso II prevê a saída por necessidade de tratamento médico, nos casos em que o atendimento não possa ser providenciado dentro do estabelecimento penal, nos termos do parágrafo único do artigo 14. A norma garante que o executado tenha acesso a tratamentos de saúde apropriados ao caso concreto, robustecendo o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, que não são eliminados pela condição de encarceramento.

O parágrafo único do art. 120 adjudica ao diretor do estabelecimento prisional a competência para outorgar a permissão de saída. Isso comprova que a decisão é administrativa e depende de avaliação da autoridade responsável, sendo imperioso que o diretor averígue se a saída atende aos critérios legais e não compromete a segurança. Todavia, caso o diretor do estabelecimento penal não autorize a saída, o defensor do preso pode ingressar com petição junto ao juízo de execução para avaliação do pedido.

O art. 121 conclui a previsão legal ao deliberar que a permanência do preso fora do estabelecimento será tão-somente pelo tempo preciso para a realização do ato que justificou a saída, seja participar do velório de um familiar ou para tratamento médico. Tal limitação temporal é basilar para garantir o domínio sobre o preso e assegurar

que a saída seja devidamente justificada e restrita ao tempo necessário.

Os arts. 122 ao 125 da LEP tratam da saída temporária. O art. 123 da LEP trata dos requisitos a serem observados pelo juízo da execução ao conceder a autorização:

> *Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:*
> *I - comportamento adequado;*
> *II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;*
> *III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.*

A Lei n. 14.843/2024 alterou a subseção referente à saída temporária de presos, restringindo o direito previsto na LEP. Anteriormente a esta alteração, os presos tinham a possibilidade de sair temporariamente para visitar a família ou participar de atividades que colaborassem com o retorno ao convívio social. Todavia, a alteração legislativa revogou esses direitos, os quais eram previstos nos incisos I e III do art. 122 da LEP.

Quando a lei alteradora foi para sanção, o presidente vetou este trecho da lei, declarando que essas saídas são elementos indispensáveis para a reintegração social dos presos, conforme já decidido pelo STF na ADPF 347, na qual "reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro". Ademais, o veto enfatizou que extrair esse direito viola a CF, que dentre outros direitos, há o de proteção à família (art. 226).

Apesar do veto do presidente da República o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional, de maneira que a legislação está revogada, conforme votada inicialmente.

Também há nova redação do parágrafo 2º do artigo 122 da LEP. Atualmente, a norma proíbe a saída temporária para presos condenados por crimes hediondos ou cometidos com violência ou

grave ameaça, aumentando a oposição que anteriormente só compreendia crimes hediondos com resultado morte.

O autor da presente obra esclarece que a restrição das saídas temporárias de presos é inconstitucional eis que viola o direito à ressocialização, à individualização da pena no caso concreto e prejudica os laços familiares, o que fere frontalmente o art. 5º da CF, que veda que a pena afete terceiros, como os familiares. De fato, o benefício das saídas temporárias é fundamental para manter o contato social e facilitar o retorno dos presos ao convívio familiar, o que busca minorar os efeitos negativos do encarceramento.

Ao ignorar o impacto social e familiar da pena a legislação alteradora é inconstitucional por intrometer-se no processo de progressão de regime e impedir a conservação de vínculos importantes para a reintegração social dos presos. Tais mudanças interferem no sistema progressivo de cumprimento da pena e afeta o alcance dos objetivos da pena, que além de punir busca ressocializar o apenado, o que já é demasiado difícil com o estado de coisas inconstitucional apontado na ADPF 347.

21.2.2.3 Do livramento condicional

Trata-se de um direito subjetivo do executado, é a última fase do cumprimento da pena, uma etapa do sistema progressivo a pena. Sendo um direito subjetivo do condenado, cumpridos os requisitos legais, ele obtém o direito subjetivo de exigi-lo, tendo em vista ser providência de ordem pública.[1042]

Assim, o livramento condicional é uma forma de liberdade antecipada concedida ao condenado que atende aos requisitos instituídos no artigo 83 do CP. Ele permite que o condenado deixe o estabelecimento prisional, mas sob condições que devem ser

cumpridas de maneira rigorosa, conforme determinado pelo juiz da execução penal.

Os requisitos estão previstos no art. 83 do CP:

> *Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:*
> *I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;*
> *II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;*
> *III – comprovado:*
> *a) bom comportamento durante a execução da pena;*
> *b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;*
> *c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e*
> *d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;*
> *IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;*
> *V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.*
> *Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinqüir.*
> ***Soma de penas***
> *Art. 84 - As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento.*

Sobre o tema, relevante a Súmula 441 do STJ: “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.”

Na LEP as disposições referentes ao livramento condicional se encontram nos arts. 131 ao 146.

O art. 131 da LEP coloca que, para a concessão do livramento condicional, é imperioso ouvir o MP e o Conselho Penitenciário. O juiz da execução especifica as condições a serem adotadas pelo liberado, como obter ocupação lícita, comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação e não mudar de comarca sem autorização do juízo, além de outras imposições como: Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

“recolher-se à habitação em hora fixada; não freqüentar determinados lugares”; “a monitoração eletrônica”.

Ademais, se o liberado for autorizado a residir fora da comarca, a cópia da sentença do livramento será enviada às autoridades do novo local de residência para que elas fiscalizem o cumprimento das condições (art. 133 da LEP).

A revogação do livramento é possível se o liberado cometer uma nova infração penal ou desobedecer às condições impostas (arts. 86 e 87 do CP). Se isso ocorrer, o juiz pode determinar o retorno do condenado ao regime fechado e o tempo solto não será computado como cumprimento da pena nos termos do art. 142 da LEP. No entanto, se o período do livramento condicional for cumprido sem violação das condições, o juiz declarará a extinção da pena, conforme disposto no art. 146.

No entanto, o art. 141 disciplina que “se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das 2 (duas) penas”.

O parágrafo único do art. 140 dispõe que “mantido o livramento condicional, na hipótese da revogação facultativa, o Juiz deverá advertir o liberado ou agravar as condições”.

O art. 145 impõe que “praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final”.

A súmula n. 617 do STJ declara que: “a ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de

prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena".

Esse instrumento é fundamental para o processo de ressocialização do condenado, incentivando o bom comportamento durante o cumprimento da pena e preparando a pessoa humana para o regresso à vida em sociedade, sob orientação e apoio de serviços sociais e do sistema de justiça.

21.2.3 Da suspensão condicional da pena (sursis)

A suspensão condicional da pena, também denominada de *sursis*, é um instituto do direito penal que visa evitar o encarceramento de indivíduos condenados a penas de curta duração. É uma escolha de política criminal, pois busca evitar o convívio no sistema prisional, o que poderia ser prejudicial.

Destarte, em vez da prisão, o réu passa por um período de prova com condições a cumprir, sob fiscalização. Conquanto o artigo 77 do Código Penal use a palavra "poderá", o entendimento doutrinário e jurisprudencial, fundado no artigo 157 da Lei de Execuções Penais, é que a suspensão condicional da pena é um direito subjetivo do réu, uma vez que ele preencha os requisitos legais, o *sursis* deverá ser concedido.

A suspensão condicional da pena está prevista nos arts. 77 ao 82 do CP e nos art. 156 ao 163 da LEP.

Cumpre diferenciar *sursis* da suspensão condicional do processo. A suspensão condicional do processo (*sursis* processual), prevista no art. 89 da Lei n 9.099/95, é apresentada no início do processo, para crimes com pena mínima de até um ano, e suspende o andamento do processo penal pelo prazo de dois a quatro anos. Se o réu cumprir as condições impostas, o processo é extinto sem gerar antecedentes criminais. Já a suspensão condicional da pena (*sursis* penal) ocorre

após a condenação, suspendendo o cumprimento da pena, desde que o réu observe condições durante o período de prova. A diferença fundamental é que o *sursis* processual evita a condenação, enquanto o *sursis* penal suspende a execução da pena já infligida.

O art. 77 do CP elenca os requisitos para concessão do *sursis* penal:

1. O condenado não pode ser reincidente em crime doloso, ou seja, não pode ter sido condenado anteriormente por outro crime doloso.
2. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, além dos motivos e circunstâncias do crime, necessitam autorizar a concessão do benefício, ou seja, o juiz deve ponderar que esses elementos são favoráveis ao condenado.
3. Não deve ser indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos previstas no artigo 44 do Código Penal, melhor explicando, é preferível aplicar as penas restritivas de direito e apenas subsidiariamente o *sursis* penal.

Além disso, uma condenação precedente exclusivamente à pena de multa não inibe que o réu receba o benefício do *sursis*.

O *sursis* penal é classificado em *sursis* simples, especial, etário e o humanitário.

O primeiro tipo é o *sursis* simples, aplicado quando o condenado não reparou o dano injustificadamente ou quando as circunstâncias do artigo 59 do CP não são favoráveis ao réu. Nessa espécie, no decorrer do primeiro ano do período de prova, o condenado é compelido a prestar serviços à comunidade ou a submeter-se à limitação de fim de semana, como meio de contrabalançar a suspensão da pena privativa de liberdade.

O segundo tipo, o *sursis* especial, concedido quando o condenado reparou o dano, salvo nos casos de comprovada impossibilidade de fazê-lo, e quando as circunstâncias judiciais são favoráveis (art. 59 do CP). Neste tipo, o condenado não é obrigado a prestar serviços à comunidade ou a guardar a limitação de fim de semana. O juiz pode substituir tais exigências por outras condições, como a proibição de frequentar determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial ou a obrigação de comparecimento mensal ao juízo para informar e justificar suas atividades. O *sursis* especial é possível apenas para penas que não ultrapassem dois anos, e o período de prova deve ser de dois a quatro anos.

Por fim, o *sursis* etário é conferido a condenados com mais de 70 anos de idade e penas de até quatro anos. Enquanto o *sursis* humanitário é aplicado a condenados com doenças graves. Em ambos, a pena é de até 4 anos o período de prova é de quatro a seis anos, persistindo as condições do *sursis* simples.

Conforme dispõe o art. 157 da LEP, o juiz ou tribunal responsável pela condenação deve, de maneira expressa e fundamentada, pronunciar-se sobre a concessão ou a negativa do *sursis*. Essa decisão deve ser justificadamente fundamentada nas circunstâncias do caso, demonstrando por que o benefício foi concedido ou negado, eis que, conforme já mencionado, trata-se de direito subjetivo do condenado e presentes os requisitos, o benefício deve ser concedido.

Uma vez concedida a suspensão, o art. 158 da LEP define que o juiz estabelecerá as condições que o condenado deverá observar durante o período de prova. Entre essas condições, podem estar abrangidas a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana. As condições devem ser apropriadas à realidade pessoal do condenado e proporcionais ao crime em que ele foi condenado. O juiz tem a possibilidade de alterar as condições a

qualquer momento, seja de ofício, a pedido do Ministério Público, por sugestão do Conselho Penitenciário ou a pedido do defensor.

A execução do *sursis* é acompanhada por uma rígida fiscalização. Conforme o § 3º do art. 158 da LEP, órgãos como o serviço social penitenciário, o Patronato ou Conselhos da Comunidade são responsáveis por supervisionar o cumprimento das condições impostas. Esses órgãos devem relatar ao juiz ou ao Ministério Público qualquer inobservância ou irregularidade que possa justificar a revogação do benefício ou a modificação das condições instituídas.

Após a sentença condenatória ser transitada em julgado, o art. 160 da LEP estabelece que o juiz leia a sentença ao condenado em audiência (denominada audiência admonitória), explanando as consequências do descumprimento das condições e da perpetração de novos crimes durante o período de prova. Essa etapa é nevrálgica para garantir que o condenado tenha completa ciência de suas obrigações.

Caso o condenado não compareça injustificadamente à audiência admonitória, o art. 161 da LEP prevê a anulação automática da suspensão condicional, derivando na execução imediata da pena.

A revogação do *sursis* ou a prorrogação do período de prova pode ocorrer se o condenado descumprir as condições impostas, nos termos do descrito no art. 162 da LEP e art. 81 do CP. Ademais, o art. 163 da LEP impõe que a sentença será registrada com a nota de suspensão, sendo o registro mantido em sigilo, salvo para informações requisitadas por órgãos judiciais ou pelo Ministério Público.

Se o condenado cumprir todas as obrigações durante o período de prova, nos termos do art. 82 CP: “considera-se extinta a pena privativa de liberdade”.

21.3 Das penas restritivas de direito

As penas restritivas de direito se caracterizam como uma espécie de sanção penal, cuja pena é alternativa à privativa de liberdade, trata-se de uma limitação ou supressão a um ou mais direito do condenado. Tais penas buscam a aplicação de uma justiça restaurativa no lugar de uma justiça meramente retributiva, contribuindo para um direito penal mais humanizado, no qual os objetivos da pena de maneira primordial vão além da vingança e se coadunam com o processo civilizatório atual.

A normatização deste tipo de pena é encontrada no CP nos arts. 43 ao 48 e na LEP 146 ao 155.

O art. 43 do CP elenca as espécies de penas restritivas de direito:

> *Art. 43. As penas restritivas de direitos são:*
> *I - prestação pecuniária;*
> *II - perda de bens e valores;*
> *III - limitação de fim de semana.*
> *IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;*
> *V- interdição temporária de direitos;*
> *VI - limitação de fim de semana.*

O art. 44 do CP explica que as penas restritivas de direitos são uma alternativa às penas de prisão e podem ser aplicadas em vez de encarceramento, sob determinadas condições. Trata-se de uma escolha de política criminal em que a vingança deixa de ser norteadora e a busca por uma justiça restaurativa é o foco.

São, portanto, penas autônomas, ou seja, no caso específico atuam como uma substituição à prisão. Elas são aplicadas quando se encaixam nas seguintes condições:

I) Quando a pena de prisão aplicada ao condenado for não superior a quatro anos, desde que o crime em que o réu for condenado não envolva violência ou grave ameaça. Ademais, independente do tempo da pena, se o crime for culposo, ou seja, cometido sem intenção, nos casos em que

há previsão legal do tipo penal como culposo, como um homicídio cometido por imprudência, imperícia ou negligência, assim, ainda que a pena seja superior a 4 anos, se for um crime culposo, a substituição também é possível.

II) Se o réu não for reincidente em crime doloso. No entanto, no informativo n. 706 do STJ é que a reincidência deve ser específica, é a que está prevista no art. 44, § 3º, do CP, portanto, ela impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tão somente quando o condenado cometeu o mesmo crime, melhor explicando, infrações idênticas no tipo penal. Reincidência em crimes de mesma espécie, mas diferentes no tipo penal, "não impede automaticamente" a substituição, cabendo ao juiz, no caso concreto, avaliar se a substituição da pena é socialmente recomendável.

III) Outros fatores que o juiz deve considerar para decidir se a substituição da pena privativa de liberdade é adequada incluem: a) culpabilidade (art. 59, CP); b) antecedentes criminais, se o beneficiado tem histórico criminal ou não e em caso positivo, quais tipos de crimes foram cometidos; c) conduta social, como o réu se comporta na sociedade, ou seja, com sua família, trabalho e relacionamentos em geral; d) personalidade do agente, melhor explicando, os valores morais e características psicológicas, se o indivíduo tem propensão a cometer novos crimes; por fim, e) motivos e circunstâncias do crime, são as razões de ordem subjetiva, eles podem ser segundo "ou em contraste com as exigências de uma sociedade. Não há dúvidas de que, de acordo com a motivação que levou o agente a delinquir, sua conduta poderá ser bem mais ou bem menos reprovável".

Trata-se da a "origem propulsora da vontade criminosa".[1043] Apesar de presentes todos os requisitos, é incabível a substituição em casos de violência doméstica:

> *Súmula 588 do STJ: A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

Se todos esses elementos indicarem que a substituição da pena é suficiente para punir e ressocializar o réu, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos será aplicada.

O § 2º trata da substituição em caso de penas curtas, assim, se a condenação for de até um ano de prisão, a pena pode ser substituída por multa ou uma pena restritiva de direitos. No entanto, se a condenação for superior a um ano, a substituição pode ser feita por uma pena restritiva de direitos e uma multa, ou por duas penas restritivas de direitos. Por exemplo, o juiz pode substituir a pena prestação de serviços à comunidade cumulada com a limitação de fim de semana.

Em caso de réu for reincidente, o juiz ainda pode aplicar a substituição da pena de prisão por restritiva de direitos, desde que: a) seja uma medida socialmente recomendável; b) desde que a reincidência não seja pelo mesmo crime, ou seja, não se trata de reincidência específica.

O § 4º do art. 44 dispõe que se o condenado não cumprir a pena restritiva de direitos e não houver uma razão aceitável, ou seja, for injustificado, a pena restritiva pode ser convertida em prisão. Nessa hipótese, o tempo que o réu cumpriu da pena restritiva será abatido e o cumprimento da pena de prisão se dará pelo restante, respeitando-se um saldo mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão.

Se, no decorrer de cumprimento da pena restritiva de direitos, o réu for condenado a uma nova pena de prisão por outro crime, o juiz

da execução penal irá deliberar se converte a pena restritiva antecedente em prisão. Todavia, o juiz pode decidir pela não conversão se acreditar que o réu ainda pode cumprir a pena substitutiva precedente, mesmo com a nova condenação.

A LEP dispõe que após o trânsito em julgado da sentença condenatória que aplica a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, cabe ao Juiz da execução dar impulso a execução dessa pena, podendo requisitar a colaboração de entidades públicas ou particulares (art. 147).

O juiz tem o poder de, em qualquer fase da execução, adequar a maneira de cumprimento das penas, como a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, adequando-as às condições pessoais do condenado e às características das entidades envolvidas (art. 148).

A prestação de serviços à comunidade está regulada nos arts. 149 e 150 da LEP. Com efeito, o juiz designa a entidade (pública ou privada) na qual o condenado prestará serviço, de acordo com suas habilidades, sem remuneração. O condenado é intimado e avisado sobre a entidade, os dias e horários de trabalho. O trabalho tem duração de 8 horas semanais, as quais serão cumpridas aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, sem que possa prejudicar o trabalho habitual do apenado. Se no decorrer do cumprimento da pena existir modificações na jornada de trabalho do condenado, o juiz pode ajustar o cumprimento da pena restritiva de direitos.

A entidade em que o condenado irá realizar a prestação de serviços deve enviar relatórios mensais ao juiz da execução, informando sobre o comportamento do condenado, além de relatar qualquer ausência ou falta disciplinar.

Importante mencionar que em casos de execução penal, a competência para conduzir o processo de execução da pena

permanece com o juízo da condenação, mesmo que o condenado altere seu domicílio. Nesse contexto, apenas os atos de fiscalização e acompanhamento do cumprimento da pena podem ser delegados ao Juízo do novo domicílio do condenado, sem que haja deslocamento da competência.

> *AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. JUÍZO DA CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO DE DOMICÍLIO. DESNECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL. DELEGAÇÃO DE MEROS ATOS DE FISCALIZAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. Há muito se firmou jurisprudência nesta Corte Superior no sentido de que, nas penas restritivas de direito, bem como nas penas privativas de liberdade, a competência para a execução penal cabe ao Juízo da condenação, sendo deprecada ao Juízo do domicílio do apenado, quando for o caso, somente a supervisão e acompanhamento do cumprimento da pena determinada, inexistindo deslocamento de competência.*
> *2. A competência permanece com o Juízo responsável pela condenação (Santa Catarina), sendo somente deprecada ao Juízo do domicílio da sentenciada (Rio Grande do Sul) a fiscalização do cumprimento da pena.*
> *3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no CC n. 198.927/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 25/10/2023, DJe de 31/10/2023.)*

No caso de limitação de final de semana o art. 151 da LEP dispõe que o condenado é intimado sobre o local, dias e horários em que deve cumprir a pena de limitação de fim de semana, normalmente em estabelecimentos penais designados pelo juiz. A execução tem início no primeiro dia em que o condenado se apresenta ao local determinado.

Durante o cumprimento da pena, o condenado pode participar de cursos, palestras ou atividades educativas, que colaborem em sua reeducação e profissionalização. Em casos de crimes cometidos com violência doméstica contra mulheres, crianças ou adolescentes, o juiz pode determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de reeducação (Lei nº 14.344, de 2022).

Da mesma forma como na prestação de serviços à comunidade, o local no qual o condenado cumpre a limitação de fim de semana

necessita enviar relatórios ao juiz e comunicar qualquer ausência ou falta disciplinar.

Quando a pena substituída abarca interdição temporária de direitos (p. ex. proibição de exercer uma profissão, art. 47 do CP), o juiz envia ofício informando à autoridade competente, como o órgão de classe ou departamento de trânsito. Dependendo da situação, a autoridade deve tomar providências imediatas, como a emissão de um ato que suspenda o direito do condenado de exercer determinada profissão, ou a apreensão de documentos que autorizam o exercício de direitos interditados, tudo nos termos dos arts. 56 e 57 do CP.

Nos termos do art. 155 da LEP, a autoridade competente deve informar prontamente ao juiz caso o condenado inadimpla a pena. Essa comunicação pode ser feita por qualquer pessoa prejudicada pelo descumprimento da pena.

O art. 55 do CP institui que as penas restritivas de direitos, antevistas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43, terão a mesma duração que a pena privativa de liberdade substituída, ou seja, o lapso temporal será o da pena privativa de liberdade cominada. Desta forma, se o condenado teria que cumprir um ano de prisão, a pena restritiva de direitos durará um ano, salvo exceções mencionadas no § 4º do art. 46, que trata da execução dessas penas em condições específicas: "se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada".

Uma vez cumprida a pena restritiva de direitos, pelo tempo determinado e observando as condições impostas, a extinção da punibilidade deverá ser declarada.

21.4 Da medida de segurança

A medida de segurança no direito penal brasileiro é aplicada quando o acusado é considerado inimputável, ou seja, incapaz de compreender o caráter ilícito de seus atos ou de agir de acordo com esse entendimento, conforme previsto no artigo 26 do Código Penal. Em situações em que o réu é considerado semi-imputável, sua pena pode ser reduzida de um a dois terços, e, dependendo das circunstâncias, pode ser aplicada uma medida de segurança.

A medida de segurança, conforme prevista na Lei de Execução Penal (LEP), é um instituto destinado à aplicação de tratamento a pessoas consideradas inimputáveis ou semi-imputáveis, com o objetivo de proteger a sociedade e tratar o indivíduo que, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, não pode ser responsabilizado penalmente nos mesmos termos que uma pessoa imputável.

Ainda, aplica-se às pessoas que embora não tenham sido absolvidas impropriamente por serem inimputáveis, tornaram-se doentes mentais no curso da execução penal e, nestes casos, as penas são convertidas em medidas de segurança.

No processo HC 275.635, a Sexta Turma do STJ discutiu a impossibilidade de cumulação entre penas privativas de liberdade e medidas de segurança, conforme o sistema vicariante estabelecido pela reforma penal de 1984, razão pela qual, se a pessoa for doente mental deve ser imposta medida de segurança.

A natureza jurídica da medida de segurança é controversa. Uma parte minoritária da doutrina a compreende como de natureza administrativa de polícia, sendo mais adequada ao Direito Administrativo do que ao Direito Penal.[1044] A corrente majoritária entende que possui natureza jurídica de sanção penal, eis que é uma sanção aplicada com base na periculosidade do agente e na falta de discernimento no momento do crime. No entanto, diferente da pena

privativa de liberdade, que é repressiva, a medida de segurança tem caráter preventivo e terapêutico, visando proteger a sociedade e reabilitar o infrator. Seu objetivo é evitar que o indivíduo volte a cometer delitos, preservando a paz social.

A LEP estabelece que as medidas de segurança podem ser executadas por meio de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou por tratamento ambulatorial, conforme a gravidade do caso e a necessidade terapêutica do indivíduo.

No julgamento do HC n. 231.124, a Quinta Turma do STJ decidiu que é inviável que inimputáveis cumpram medida de segurança em penitenciária comum, mesmo em caso de falta de vagas ou recursos estatais. A ministra Laurita Vaz explicou de acordo com a jurisprudência do tribunal, inimputáveis devem ser transferidos para um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou outro local adequado, e, se necessário, permanecer em tratamento ambulatorial até que surja uma vaga.

Ademais, a Lei n. 10.216/2001, que remodela o modelo assistencial em saúde mental, impõe o tratamento prioritário em regime aberto e ambulatorial, sempre que possível. A internação só deve ocorrer em casos estritamente necessários. Recentemente, a Resolução CNJ n. 487 de 2023 reafirmou essa diretriz, visando um tratamento humanizado das pessoas que possuem transtornos mentais, em conformidade com as normas de direitos humanos.

A duração da medida de segurança está atrelada à persistência da periculosidade do agente, sendo avaliada periodicamente por meio de laudos psiquiátricos, e não pode ultrapassar o tempo necessário para o tratamento, em conformidade com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e proporcionalidade.

Acerca do tempo máximo de cumprimento da medida de segurança, importante mencionar a vedação pela Lei Maior de pena de caráter perpétuo, como ordena o art. 5º, XLVII, b, da CF, qual seja, princípio da humanidade. No julgamento do HC n. 130.162, a Sexta Turma do STJ decidiu que a medida de segurança não pode ser prorrogada de modo indefinido além do prazo que seria imposto em caso de uma pena privativa de liberdade. É o que dispõe a súmula n. 527 do STJ: "o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado".

No caso de conversão de prisão por medida de segurança em razão do advento da doença após a execução da pena, o prazo máximo é o da condenação arbitrada na sentença. Após o término da pena, deve cessar a intervenção do Estado na esfera penal, independentemente da periculosidade do paciente, sendo ilegal manter a medida de segurança. Se necessário, o Ministério Público deve buscar a interdição civil.

A inimputabilidade, conforme já mencionado anteriormente, é reconhecida por meio de um incidente de insanidade mental, regulado pelos artigos 149 a 154 do Código de Processo Penal (CPP). Esse incidente é instaurado sempre que houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, podendo ser requisitado pelo juiz, Ministério Público, defesa ou familiares. Durante o processo de averiguação, o acusado é submetido a um exame médico-legal. Caso se conclua que ele era incapaz de compreender o caráter ilícito de seu ato, o processo pode resultar em uma absolvição imprópria, sendo-lhe aplicada uma medida de segurança, como a internação em hospital de custódia ou tratamento ambulatorial.

Além disso, a prescrição penal não é suspensa pela instauração de incidente de insanidade, conforme decidido pelo Superior

Tribunal de Justiça (STJ) no REsp n. 1.904.590/RJ, o que reforça a necessidade de observância das causas de suspensão previstas expressamente na legislação.

A execução das medidas de segurança, de acordo com os artigos 171 a 179 da LEP, segue um procedimento rígido para garantir a apurada aplicação da medida de segurança.

Após o trânsito em julgado da sentença que impõe a medida de segurança, é expedida uma guia de execução (art. 171), sem a qual o agente não pode ser internado ou submetido a tratamento ambulatorial (art. 172). Essa guia contém subsídios minudenciados sobre o executado, a sentença e a medida aplicada, sendo expedida à autoridade responsável pela execução (art. 173).

Quanto à cessação da periculosidade, ela é avaliada ao final do prazo mínimo da medida, fundada em um relatório minucioso e um laudo psiquiátrico, que são despachados ao juiz para deliberar sobre a manutenção ou revogação da medida (art. 175). Caso entenda necessário, o juiz pode determinar novas diligências para averiguar se a periculosidade cessou (art. 176), podendo, em qualquer momento, adiantar o exame por requerimento do Ministério Público ou da defesa.

A desinternação ou liberação só ocorre em razão de uma ordem judicial, transitada em julgado a sentença que causa o fim da medida (art. 179), assegurando que o processo de cessação da periculosidade seja prudente e seguro para a sociedade e para o internado.

1041 MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

1042 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal,** vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989

1043 SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória** – Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2013. p. 133

1044 ANDRADE, Haroldo da Costa. **Das Medidas de Segurança**. 1.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

22 RELAÇÕES JURISDICIONAIS COM AUTORIDADES ESTRANGEIRAS

É evidente que, devido à realidade da vida e à ordem internacional vigente, especialmente diante do fenômeno da globalização, há de certa maneira uma necessidade inegável de cooperação entre nações no campo jurisdicional. Crimes transnacionais, organizações criminosas com atuação em vários países e crimes cometidos a distância são dentre os vários exemplos que demonstram a necessidade de regras que disciplinem as relações de cooperação mútua entre países no mundo global.

Desta forma, existem normas nacionais e tratados e convenções internacionais que tratam dessas questões, promovendo a colaboração entre diferentes sistemas jurídicos para combater o crime de forma eficaz.

A Constituição Federal, dispõe no art. 105, I, i, a respeito da competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias. Além disso, cabe aos juízes federais em território nacional processar e julgar a execução de cartas rogatórias, após o exequatur, e em que pese as sentenças estrangeiras ocorre após a homologação (art. 109, X, da CF).

Essas disposições garantem que a cooperação jurídica internacional seja realizada de maneira ordenada e conforme as regras estabelecidas na legislação, facilitando a colaboração entre as jurisdições dos países e a aplicação da justiça em casos que envolvem mais de uma nação.[1045]

22.1 Disposições gerais

O Código Processo Penal brasileiro, dispõe sobre a homologação de sentenças penais estrangeiras e a expedição ou cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal (art. 780 do CPP).

No entanto, a aplicabilidade desses ordenamentos não excluí da compreensão das disposições constantes no Regimento Interno ou Resoluções dos Tribunais nacionais, bem como por convenções ou tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Esse conjunto normativo assegura a cooperação jurídica internacional de forma ordenada e eficaz.

Conforme apresenta o art. 781 do CPP, "as sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à ordem pública e aos bons costumes".

Além disso, de acordo com o art. 216-P do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), "não será concedido *exequatur* à carta rogatória que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e a ordem pública". Disposições como essas, assim, versam sobre a garantia de que a cooperação internacional respeite os valores fundamentais e a legislação do Brasil. Veja:

> *CARTA ROGATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA À ORDEM PÚBLICA E À SOBERANIA NACIONAL. INOCORRÊNCIA.- Não se exige, tanto na legislação brasileira quanto na americana, que o ato citatório venha acompanhado de todos os documentos mencionados na petição inicial. Não há falar, desse modo, em violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.- A prática de ato de comunicação processual é plenamente admissível em carta rogatória. A simples citação, por si só, não apresenta qualquer situação de afronta à ordem pública ou à soberania nacional, destinando-se, apenas, a dar conhecimento da ação em curso para permitir a defesa da interessada.Agravo regimental improvido. (AgRg na CR n. 535/EX, relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 11/12/2006.)*

Os documentos apresentados para que seja realizado esses procedimentos, quando transitados por via diplomática, são

considerados autênticos (art. 782 do CPP), dispensando, logo, a necessidade de autenticação em cartório. A verificação da conformidade dos documentos, originais ou cópias, é responsabilidade dos funcionários que compõem o quadro da diplomacia ou consulados dos países envolvidos no trâmite.[1046]

Ademais, os documentos devem ser traduzidos para o idioma oficial do país solicitado, e qualquer solicitação estrangeira em território nacional deve ser acompanhada de tradução para o português, garantindo clareza e precisão na cooperação jurídica internacional.

22.2 Das cartas rogatórias

Cartas rogatórias são definidas como solicitações feitas por um juízo nacional a um juízo estrangeiro, ou vice-versa, para realizar diligências essenciais em um processo, como por exemplo citação, intimação e inquirição de testemunhas, desde que sejam compatíveis com a legislação do país solicitado (art. 780 do CPP). O processamento das cartas rogatórias é regulamentado pelos artigos 222-A, 368, 369 e 783 a 786 do Código de Processo Penal.

Convém assinalar que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, assinada no Panamá em 1975 e promulgada pelo Decreto 1.899 de 1996; também aderiu ao Protocolo Adicional à Convenção, assinado em Montevidéu em 1979, pelo Decreto 2.022 de 1996. O objetivo desses tratados é como ocorre no Brasil e os demais países signatários virem a estabelecer as normas que devem seguir para o cumprimento das cartas rogatórias.[1047]

A Portaria Interministerial n. 501 de 2012, estabelece que as cartas rogatórias são classificadas em ativas e passivas. Cartas

rogatórias ativas são definidas por aquelas expedidas pelo Poder Judiciário brasileiro para cumprimento em países estrangeiros.

As cartas passivas, por sua vez, são as emitidas por autoridades judiciárias estrangeiras para cumprimento no Brasil, estando sujeitas ao juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que autoriza ou não o seu cumprimento por meio do *exequatur*. Ressalta-se que antes da Emenda Constitucional 45/2004, essa competência era do Supremo Tribunal Federal (STF), mas foi transferida ao STJ pelo art. 105, I, i, da Constituição Federal.

O processamento das cartas rogatórias possui suas particularidades, sendo as passivas regulamentadas pelos artigos 216-O a 216-X do Regimento Interno do STJ. No momento em que uma carta rogatória é recebida de uma autoridade estrangeira, ela é encaminhada ao Presidente do STJ pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, para que o tribunal delibere sobre a concessão do *exequatur*. O art. 216-Q caput e § 1º do RISTJ estabelece que a parte requerida deve ser intimada para impugnar o pedido de concessão do exequatur no prazo de quinze dias, a menos que a intimação prévia possa resultar na ineficiência da cooperação internacional.

A respeito da impugnação, ao art. 216 – Q no § 2º do RISTJ dispõe que se pode tratar apenas da autenticidade dos documentos, da clareza da decisão e da observância dos requisitos regimentais. Desta forma, questões relativas ao mérito da causa ou à competência do órgão jurisdicional estrangeiro devem ser apresentadas perante a Justiça Rogante.[1048] A competência do STJ para conceder o exequatur é limitada a aprovar ou não o pedido de cumprimento de uma diligência processual no Brasil, sem adentrar, portanto, no mérito da decisão estrangeira.

> *Trata-se de carta rogatória pela qual a Justiça Espanhola solicita que se proceda à citação do interessado E dos S M nos autos de processo de guarda e custódia de alimentos, segundo o texto rogatório. Em decisão acostada às fls. 95/96, esta*

Presidência, ao entendimento de que o objeto da comissão rogatória não atenta contra a soberania nacional nem contra a ordem pública, com fundamento no artigo 216-O, caput, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, concedeu o exequatur. Entendeu, ainda, ser aplicável, na hipótese, a norma inserta no art. 216-Q, § 1.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Inconformada, a Defensoria Pública da União, interpôs agravo regimental (fls. 104/107) alegando, em síntese, a inaplicabilidade do art. 216-Q, § 1.º, do RISTJ. Quanto à nomeação de curador especial com fundamento no art. 216-R do RISTJ, sustentou que não é cabível na hipótese dos autos, já que não restou configurada a revelia. Em parecer acostado à fl. 127, o Ministério Público Federal pugnou pelo não provimento do agravo regimental. Devidamente citado (fl. 157), o interessado, por meio de advogado constituído nos autos (fl. 163), apresentou contestação, alegando, em suma, questões atinentes ao mérito da demanda em curso no Juízo Rogante (fls. 159/162). Requer, ao final, a improcedência da ação de alimentos ou a sua fixação de acordo com as possibilidades do interessado. É o relatório. Decido. De início, destaco que, relativamente às discussões acerca do mérito da causa, transcendem os limites estabelecidos no art. 216-Q, § 2.º, do RISTJ, devendo, portanto, ser apresentadas perante a Justiça Rogante. Ademais, considerando que a parte interessada foi citada (fl. 157) tendo, inclusive, constituído advogado (fl. 163) e apresentado contestação (fls. 159/162), restou prejudicada a análise do agravo regimental apresentado pela Defensoria Pública da União. Sendo assim e, considerando o devido cumprimento do exequatur, determino a devolução dos autos à Justiça Rogante por intermédio da autoridade central competente, nos termos do art. 216-X do RISTJ". (AgRg na CR n. 9.564, Ministro Francisco Falcão, DJe de 14/12/2015).

Normalmente, as impugnações às cartas rogatórias são baseadas na insuficiência dos documentos apresentados ou na ausência ou deficiência da tradução (art. 784, § 1º do CPP). O STJ tem adotado a postura em que verifica apenas se a diligência solicitada ofende a soberania nacional e a ordem pública, se há autenticidade dos documentos e se os requisitos legais e regimentais foram observados.[1049]

Dessarte, com ou sem impugnação, o Ministério Público Federal (MPF) tem vista dos autos da carta rogatória e pode impugnar o pedido de exequatur no prazo de dez dias (art. 216 – S do RISTJ). No caso de haver impugnação do MPF em casos de pedidos de exequatur para atos decisórios, o Presidente do STJ pode determinar a distribuição dos autos para julgamento pela Corte Especial, disto

para a decisão sobre a concessão ou não do *exequatur* cabe recurso de agravo (art. 216 – U do RISTJ).

A concessão do exequatur está vinculada à observância dos requisitos legais de regularidade formal e à ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes, conforme os arts. 216-O e 216-P do RISTJ. O STJ realiza um juízo de delibação, não examinando o mérito da decisão estrangeira. Obtido o exequatur, a carta rogatória é remetida ao Juízo Federal competente para cumprimento, previsto no artigo 109, X, da Constituição Federal.

Durante o decurso para o devido cumprimento da carta rogatória, decisões do Juiz Federal competente podem ser embargadas pela parte interessada ou pelo Ministério Público Federal no prazo de dez dias, sendo julgadas pelo Presidente do STJ (art. 216 -V, § 1º do RISTJ). Esses embargos podem tratar de qualquer ato referente ao cumprimento da carta rogatória, exceto sobre a concessão da medida ou seu mérito (art. 216-V, § 2.º, do RISTJ); e para a decisão sobre os embargos cabe agravo (art. 216-W do RISTJ).

O procedimento se conduz, pois, para que após o cumprimento ou a verificação da impossibilidade de cumprimento da carta rogatória, ela deve ser devolvida ao Presidente do STJ no prazo de dez dias, que, por sua vez, a remeterá à autoridade estrangeira de origem através do Ministério da Justiça ou do Ministério das Relações Exteriores sob igual prazo (art. 216-W do RISTJ).

As cartas rogatórias ativas, são por sua vez as solicitações enviadas por autoridades judiciárias brasileiras a autoridades judiciárias estrangeiras. Os fundamentos para tais solicitações podem ser em tratados e acordos de cooperação jurídica internacional que definem os parâmetros para o cumprimento de ordens judiciais brasileiras no exterior. Na ausência desses acordos

ou pactos, as cartas rogatórias são encaminhadas pela via diplomática. Quando existem tratados ou acordos, a carta deve atender essencialmente aos requisitos estipulados nesses documentos e seguir o trâmite previsto, sendo enviada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e, daí, diretamente à Autoridade Central estrangeira para cumprimento.

No caso de não houver pactuação específica sobre a forma de encaminhamento, a carta rogatória deve tramitar pela via diplomática, logo, nesse caso, é necessário cumprir os requisitos definidos na Portaria Interministerial 501/2012, conforme disposto nos seus artigos 5.º, 7.º e 8º. Veja:

> *Art. 5.º Na ausência de acordo de cooperação jurídica internacional bilateral ou multilateral, o Ministério da Justiça encaminhará ao Ministério das Relações Exteriores os pedidos de cooperação jurídica internacional ativos, em matéria penal e civil, para tramitarem pela via diplomática.*
> *Art. 7.º As cartas rogatórias deverão incluir:*
> *I – Indicação dos juízos rogante e rogado;*
> *II – Endereço do juízo rogante;*
> *III – Descrição detalhada da medida solicitada;*
> *IV – Finalidade a ser alcançada com a medida solicitada;*
> *V – Nome e endereço completos da pessoa a ser citada, notificada, intimada ou inquirida na jurisdição do juízo rogado, e, se possível, sua qualificação, especificando o nome da genitora, data de nascimento, lugar de nascimento e o número do passaporte;*
> *VI – Encerramento, com a assinatura do juiz; e*
> *VII – Qualquer outra informação que possa a ser de utilidade ao juízo rogado para os efeitos de facilitar o cumprimento da carta rogatória.*
> *[...]*
> *Art. 8.º As cartas rogatórias deverão vir acompanhadas dos seguintes documentos:*
> *I – Petição inicial, denúncia ou queixa, a depender da natureza da matéria;*
> *II – Documentos instrutórios;*
> *III –Despacho judicial ordenando a sua expedição;*
> *IV– Original da tradução oficial ou juramentada da carta rogatória e dos documentos que os acompanham;*
> *V – Duas cópias dos originais da carta rogatória, da tradução e dos documentos que os acompanham; e*
> *VI – Outros documentos ou peças processuais considerados indispensáveis pelo juízo rogante, conforme a natureza da ação.*
> *Parágrafo único. No caso do objeto da carta rogatória consistir em exame pericial sobre documento, recomenda-se que o original seja remetido para o juízo rogado, permanecendo cópia nos autos do juízo rogante, sob pena de impossibilidade de cumprimento da medida.*

Confeccionada e documentada pelo órgão do Poder Judiciário competente, a carta é enviada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, que a remete ao Ministério das Relações Exteriores. Na sequência Ministério encaminha a carta rogatória à representação diplomática brasileira no país solicitado, que a transmite à autoridade estrangeira competente para autorizar seu cumprimento. Finalizado a diligência a ser cumprida, a autoridade estrangeira devolve a carta à representação diplomática brasileira no encargo, e esta providencia seu retorno ao Ministério das Relações Exteriores, ao Ministério da Justiça e, finalmente, à autoridade judicial requerente.

Além disso, é importante observar o disposto no artigo 7.º da Lei 11.419/2006, que prevê que "as cartas precatórias, rogatórias, de ordem e, de um modo geral, todas as comunicações oficiais que transitem entre órgãos do Poder Judiciário, bem como entre estes e os dos demais Poderes, serão feitas preferencialmente por meio eletrônico". A finalidade como está posto é visas agilizar e modernizar a comunicação entre as autoridades judiciais e administrativas, facilitando o cumprimento das diligências solicitadas.

Um ponto que merece destaque é o fato de que a oitiva de pessoa estrangeira, presa por decisão do STF em razão de processo de extradição, configura-se "como providência a ser cumprida por meio de auxílio direto", segundo julgamento proferido pelo STF. 1ª Turma. Pet 5946/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 16/8/2016.

Assim, o auxílio direto versa na realização de providências em jurisdição estrangeira, com observância da legislação do Estado solicitado, por meio de autoridades centrais apontadas em tratado internacional. No caso do denominado "auxílio direto",

diferentemente da carta rogatória, não é preciso precedente juízo de delibação a ser proclamado pelo STJ, dito de outra forma, não é necessário *exequatur*.

22.3 Da homologação das sentenças estrangeiras

O Poder Judiciário brasileiro, por regra geral não é obrigado a cumprir sentenças proferidas por órgãos jurisdicionais de outros países. Essa noção parte do fluxo que as decisões judiciais devem obedecer à legislação nacional e, ao mesmo tempo, refletem a realidade social, jurídica, política e religiosa do seu povo. Disto, exigir que um juiz brasileiro cumpra decisões de Estados estrangeiros implicaria na aplicação de legislação estrangeira em território nacional, ferindo consequentemente com o princípio da soberania nacional.

As hipóteses em que se admite, contudo, a homologação de sentenças estrangeiras para fins específicos, como: a) obrigar o condenado a reparar o dano causado à vítima (art. 9.º, I, CP); b) sujeitar o inimputável a medida de segurança (art. 9.º, II, CP); e c) propiciar a divisão dos bens sequestrados no território nacional entre o Brasil e o Estado requerente (art. 8.º, § 2.º, Lei 9.613/98). A homologação é necessária porque as sentenças estrangeiras são baseadas em leis diversas da vigente em território nacional, uma vez que são de outro país, e cumprir tais sentenças sem homologação comprometeria a soberania nacional.[1050]

A homologação é feita pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (art. 105, I, i, CF). No momento em que o juiz brasileiro cumpre uma sentença estrangeira homologada, ele está, na verdade, seguindo uma decisão do STJ, que a nacionalizou. Em caso de sentença estrangeira para imposição de pena a ser cumprida no Brasil, não há a possibilidade de homologação tendo em vista a soberania

nacional. O Ministério da Justiça, por exemplo, recomenda que cartas rogatórias ao Japão usem termos como "citação" e "notificação" para evitar termos executórios que poderiam vir a ferir a soberania nacional.

Assim sendo, se a sentença penal condenatória não for executada no Brasil, não há necessidade de homologação pelo STJ.[1051] No entanto, cabe ressaltar que existem situações em que a sentença estrangeira é reconhecida como fato jurídico, em que tal ação não obriga o juiz brasileiro a seguir seus comandos, como para o reconhecimento da reincidência do réu (art. 63, CP) ou de maus antecedentes.

A sentença penal estrangeira deve cumprir certos requisitos para ser homologada, conforme o art. 788 do CPP:

> *I. Estar revestida das formalidades externas necessárias, segundo a legislação do país de origem;*
> *II. Haver sido proferida por juiz competente, mediante citação regular, segundo a mesma legislação;*
> *III. Ter passado em julgado;*
> *IV. Estar devidamente autenticada por cônsul brasileiro;*
> *V. Estar acompanhada de tradução, feita por tradutor público.*

Sinteticamente, para que uma sentença estrangeira seja homologada no Brasil, é essencial que todas as normas penais e processuais penais do país de origem tenham sido essencialmente observadas na sua prolação (art. 788, I, do CPP). Além disso, a sentença deve ter sido proferida por um juiz competente a causa, refletindo a garantia do juiz natural conforme a legislação do país (art. 788, II, do CPP). Outro requisito relevante é que o condenado ou sujeito à medida de segurança tenha sido regularmente citado conforme as normas da nação de origem da sentença (art. 788, III, 1ª parte, do CPP).

Também se faz requisito para que uma sentença estrangeira seja homologada no Brasil, é indispensável que ela tenha transitado em

julgado, o que deve ser comprovado pela parte requerente, sob pena de indeferimento (art. 788, III, 2ª parte, do CPP). Ademais, a sentença precisa estar autenticada por um cônsul brasileiro (art. 788, IV, do CPP) e acompanhada de tradução feita por tradutor oficial ou juramentado no Brasil (art. 788, V, do CPP), não sendo suficiente a tradução feita por tradutor credenciado apenas no país de origem.

Ademais, cumpre assinalar que a homologação da sentença estrangeira pode abranger os efeitos secundários de uma condenação pena, como o confisco de bens, veja exemplo na ementa colacionada abaixo:

> *AGRAVO INTERNO. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. CONFISCO DE BENS IMÓVEIS, PRODUTOS DE ATIVIDADE CRIMINOSA, SITUADOS NO BRASIL. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE PALERMO. CRIME TIPIFICADO NAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRA E NACIONAL. EFEITO DA CONDENAÇÃO PREVISTO TAMBÉM NA LEI BRASILEIRA. AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA NACIONAL. REQUISITOS PREENCHIDOS.*
> *1. A homologação da sentença alienígena demanda o preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 216-C e 216-D do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: I - estar instruída com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda, bem como de outros documentos indispensáveis, traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira competente; II - haver sido proferida por autoridade competente; III - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; IV - ter transitado em julgado.*
> *Outrossim, exige o art. 216-F do RISTJ que a sentença estrangeira não ofenda a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana nem a ordem pública.*
> *2. A sentença penal estrangeira que determina a perda de bens imóveis do requerido situados no Brasil, por terem sido adquiridos com recursos provenientes da prática de crimes, não ofende a soberania nacional, porquanto não há deliberação específica sobre a situação desses bens ou sobre a sua titularidade, mas apenas sobre os efeitos civis de uma condenação penal, sendo certo que tal confisco, além de ser previsto na legislação interna, encontra arrimo na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004, e no Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal, internalizado pelo Decreto n. 6.974/2009. Precedente da Corte Especial.*
> *3. Os bens imóveis confiscados não serão transferidos para a titularidade do país interessado, mas serão levados à hasta pública, nos termos do art. 133 do Código de Processo Penal.*
> *4. No caso, ante o cumprimento de todos os requisitos legais, impõe-se a homologação do provimento alienígena.*

5. Agravo interno não provido.
(AgInt na SEC n. 10.250/EX, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 15/5/2019, DJe de 23/5/2019.)

Importante explicar que a legitimidade para requerer a homologação de sentença estrangeira varia conforme o caso. Para medidas de segurança, cabe ao Procurador-Geral da República, se houver tratado de extradição vigente entre o Brasil e o país de origem da sentença.[1052] Na hipótese de ausência de tratado entre os países, o Ministério da Justiça deve fazer a requisição, e para situações de reparação do dano ocorrido é somente a vítima pode requerer a homologação (art. 9.º, parágrafo único, a, do Código Penal).

O procedimento de homologação de sentença é conduzido pelo Presidente do STJ, que verifica se os requisitos da petição inicial e documentos estão completos. Caso não estiverem, o requerente é intimado a corrigir as falhas documentais em dez dias, sob pena de indeferimento liminar. Para a possibilidade em que o pedido for contestado, o processo é distribuído para julgamento pela Corte Especial do STJ (art. 216-K do RISTJ).

A respeito dos prazos que compõem a homologação da sentença e seus recursos, o art. 789, § 2.º, do CPP estabelece os prazos para a apresentação de embargos (ou impugnação) pelo interessado: dez dias se residir no Distrito Federal, e trinta dias, caso contrário. O Regimento Interno do STF e do STJ prevê a nomeação de curador para o réu revel ou incapaz, e este deve ser notificado pessoalmente sobre a lide. Após a defesa, o requerente tem o direito de replicar, e o Ministério Público é sempre ouvido, quando do processo não for ele o autor do pedido.

Por fim, cabe destacar que as impugnações se limitam à autenticidade dos documentos apresentados, à clareza da sentença e às formalidades legais. E não se fala em contestação aos embargos,

mas em réplica à contestação, especialmente quando o pedido de homologação for feito pelo ofendido interessado na reparação do dano, feita pelo Procurador-Geral da república. [1053]

1045 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

1046 MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024.

1047 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

1048 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

1049 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

1050 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

1051 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

1052 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

1053 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

ABREU, Fernando. **Manual de Processo Penal**: estudo direcionado para concursos de Defensoria Pública, Delegado de Polícia, Magistratura e Ministério Público. Salvador: JUSPODIVM, 2023.

ABREU, Florêncio de. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**, tradução de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colômbia, n. 28, Bogotá, 2003.

ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. **Tribunal do júri, pronúncia e falácia do *in dubio pro societate*.** Disponível em: https://www.tjms.jus.br/storage/GP/artigos/20180606135320.pdf Acesso em 20 jan. 2024.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal**, Madrid, Aguilar, 1960.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de processo penal**. 3 ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2023.

ALVIM, José Eduardo Carreira, 1944. **Teoria geral do processo**. 25. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2024.

ANDRADE, Haroldo da Costa. **Das Medidas de Segurança**. 1.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal** [libro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais** [livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico].9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002; IGLÉSIAS, Francisco. **Trajetória política do Brasil**, 1500-1964. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo, RT, 1981.

BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. **Dos embargos de declaração.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Tribunal do Júri** - Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira, São Paulo: RT, 1999.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**, RJ, v. XIX, 1892, t. III, MEC, 1956.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**, Belo Horizonte, Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer. "A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais". In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional.** 1ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito:** humanismo, democracia e justiça. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

BORGES, Danilo Marques; NEDER, Alex. O direito ao silêncio parcial e a resistência da cultura inquisitorial no tribunal do júri brasileiro. *In:* SPENGLER, Adriana, FUZIGER, Rodrigo ASFÓRA, Sheyner [orgs.]. **Temas contemporâneos da advocacia criminal**:

aspectos dogmáticos, processuais e de defesa das prerrogativas profissionais. São Paulo: Abracrim – Editora D'Plácido, 2024.

BORGES, Danilo Marques. **A sociedade do constrangimento**: uma análise da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais sob a ótica do instituto de colaboração premiada. São Paulo: D'Plácido, 2023.

BRASIL, CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **O que você precisa saber sobre o reconhecimento de pessoas**. Brasília: CNJ, 2023.

BRASIL, CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 487 de 15 de fevereiro de 2023:** Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf Acesso em 10 de junho de 2024.

BRASIL, STJ – Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**: Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Ed. N. 41, Brasília, 16 de setembro de 2015.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil v. 2**. 3 ed São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Edson de Arruda. O habeas corpus e o interdictum de homine libero exhibendo. **Revista de informação legislativa**, v. 23, n. 92, p. 291-316, out./dez. 1986.

CAMPOS, Francisco. **Democracia e Unidade Nacional**. In: CAMPOS, Francisco. Antecipações à Reforma Política. Rio de Janeiro: J. Olympo. 1940.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura; seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**: teoria e prática. Leme: Mizuno, 2022.

CANARIS, Claus-Wilhelm - **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Manuel da Rocha. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando, **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

CAPEZ, Fernando. O juiz das garantias e suas implicações no processo penal acusatório. **Consultor Jurídico**, 31 ago. 2023. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2023-ago-31/controversias-juridicas-juiz-garantias-implicacoes-processo-penal/] Acesso em: 24 out. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**; tradução da versão espanhola dooriginal italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. -- 2. tiragem -- São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil v.1**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Ed. Classic Books, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001;

CARVALHO, José Murilo de. República, democracia e federalismo Brasil, 1870-1891. **Varia História**, Belo Horizonte, v. 27, n. 45, p. 141-157, jun. 2011. Disponível em: https://bit.ly/3dyYfEP. Acesso em: 20 jun. 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASARA, Rubens, MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASTRO E SILVA, Anderson Moraes de. **A punição no novo mundo**: a constituição do poder punitivo no Brasil colonial. Revista Perspectivas Sociais. Pelotas, Ano 1, N. 1, p. 16-30, março/2011.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida por Delegado de Polícia**. Dizer o Direito, 2013. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2013/06/comentarios-lei-128302013-investigacao.html Acesso em 21 de agosto de 2023.

CAVALLO, Vincenzo. **La sentenza penale**. Napoli: Eugenio Jovene, 1936.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo Saraiva, 2003.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 6.ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COTANDA, Fernando Coutinho. **O uso do termo sistema em Sociologia.** XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson De Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dez. 1998.

CURY, Rogério, CURY, Daniela. **Método de estudo OAB - Processo penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DE PAULA, Antonio Pereira. Brasil. **De Monarquia Unitária a República Federativa**. TCC de pós-graduação lato sensu Especialização em Ciência Política. Universidade do Legislativo Brasileiro e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasí;ia-DF, 2008, p. V.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **Reconhecimento Fotográfico**. Disponível em: https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/54f8edabb6d0456698a068a65053420c.pdf. Acesso em 10 de março de 2024.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIZER O DIREITO. **Foro por prerrogativa de função**: panorama atual. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html#:~:text=Como%20podemos%20conceituar%20foro%20por,TRF%2C%20STJ%2C%20STF. Acesso em 10 de out. 2024.

DOMINGUES, Petrônio. Constantemente derrubo lágrimas: o drama de uma liderança negra no cárcere do governo Vargas. **TOPOI**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 14, p. 146-171, jan.-jun. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPINOLA FILHO, Eduardo [Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti]. **Código de processo penal anotado** v.5. Campinas: Bookseler, 2000.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado v. I**, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. revista e aumentada. Porto Alegre/São Paulo: Globo/Universidade de São Paulo, 2001.

FAZZALARI, Elio. **Processo (Teoria Generale).** Novissimo Digesto Italiano. Torino: UTET, v. 13, 1966.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESI, Márcio. **Sociologia do direito**: teoria e práxis. Curitiba: Juruá, 2015.

FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 3. ed., Barcelona, Editorial Labor, 1960, v. I.

FERNANDES, Antonio Scarance e LOPES, Mariângela. O recebimento da denúncia no novo procedimento. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, nº 190, pp. 02-03, set., 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. **Direitos humanos fundamentais**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FIGUEIREDO, António Cândido de. **Novo Diccionário da Língua Portuguesa**, 1913.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**, 13. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

FREDERICO MARQUES. **Tratado de direito processual penal**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1980.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: Global, 2019.

GARCETE, Carlos Alberto, **Sistemas jurídicos no processo penal** [livro eletrônico]: uma compreensão a partir da *civil law* e *common law*, os transplantes jurídicos e os sistemas inquisitório, acusatório e adversarial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del processo**: teoria general del proceso. 2. ed. Buenos Aires: EJEA, 1961.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, TORON, Alberto Zacharias, BADARÓ, Gustavo Henrique, coord. **Código de processo penal comentado** [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de

(orgs.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 282.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; e FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**, 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 11 ed. São Paulo Malheiros, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. rev. amp., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os caminhos da jurisprudência constitucional brasileira**. In: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: mudança no paradigma autopoiético. In: FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESI, Márcio. **Sociologia do direito**: teoria e práxis. Curitiba: Juruá, 2015.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Temas de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Algumas considerações sobre a coisa julgada no direito processual penal. **Revista da EMERJ,** v. 8, n. 29, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOFMEISTER NETO, Rubens. **Medidas cautelares contra pessoas jurídicas no processo penal**: uma abordagem à luz da desconsideração (inversa) da personalidade jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

IGLÉSIAS, Francisco. **Trajetória política do Brasil**, 1500-1964. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ISHIDA, Válter Kenji. A reforma processual penal de 2008 e a modernização da administração pública: uma análise de sua eficácia após mais de três anos de alterações legais do código de processo penal. **Revista Jurídica da Escola**

Superior do Ministério Público de São Paulo. V 1, 2012, p. 270.

JARDIM, Afrânio S. **Direito Processual Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 24 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

KNOPFHOLZ, Alexandre. A necessária – e já tardia – constitucionalização do processo penal. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil.** Seção do Paraná; Escola Superior de Advocacia; v.2, n.2 (ago. 2017). Curitiba: OABPR, 2017. 308 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEITE, Larissa. **Medidas patrimoniais de urgência no processo penal:** implicações teóricas e práticas. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, 12. ed., 2023; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de processo penal**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2024.

OLIVERA, Eugenio Pacelli, FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 15. ed., Salvador: JusPODIVM, 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 1.624.

LOPES JR, Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LOPES JR, Aury., COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, ROSA, Alexandre Morais da. Criminal Player. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF? **Revista Consultor Jurídico**, 19 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf Acesso em 10 de outubro de 2023.

LOPES JR., Aury **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. **Curso de sentença penal**. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2023.

LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário jurídico**, 5. ed. - Barueri [SP]: Manole, 2022.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Manual do Inquérito Policial**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

MANZINI, Vicenzo. **Tratado de derecho procesal penal t. I**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Dirito Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice**. Volume Primo. Torino: Unione Tipográfico – Editrice Torinense, 1931.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 335.

MARQUES, Frederico**. Elementos**, v. I. São Paulo: Bookseller, 1997.

MARQUES, Frederico. **Tratado de direito processual penal**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1980.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Milennium, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Vol I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Vol IV. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINELLI, Dante P. **Teoria Geral Dos Sistemas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: The Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 452.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de direito administrativo, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1991.

MENDES JÚNIOR, João. **O processo criminal brasileiro**. 3a. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

MICHAELIS. Verbete "**fonte**". In: Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda, 2023. Disponível em:

https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fonte. Acesso em: 10 de set. 2023.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed., São Paulo, Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Pontes. **História e pratica do habeas-corpus**: direito constitucional e processual comparado. 4 ed. Corrigida e melhorada. Imprenta: Rio de Janeiro, Borsoi, 1962.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal - Procedimentos, **Revista Jurídica** n. 370.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal**: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2013.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo. Barueri, SP: Manole, 2010

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2013.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NASSIF, Aramis. **Sentença pena**l: o desvendar da Themis. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos** [livro eletrônico]. 8. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999; GUSMÃO, Sady Cardoso de. **Código de processo penal**: breves anotações. Rio de Janeiro, Livr. Jacintho, 1942.

NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual pena**l. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Scielo Analytics**. Florianópolis, n.74 Sept./Dec. 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVERA, Eugenio Pacelli, FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 15. ed., Salvador: JusPODIVM, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Serra. Impugnação da medida cautelar de sequestro por meio dos embargos de terceiro no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol. 117. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

OTTORINO, Vannini. Nullità degli atti di procedura – dirito processuale penale, n.1. – in **Nuovo Digesto italiano**, vol. 8º, 1939.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2008.

PACELLI, Eugênio **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 153, p. 8-9, ago. 2005.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. **Boletim IBCCrim**, n. 83, p. 14, 1999.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**, 3. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. Sobre procedimentos e antinomias. **Boletim IBCCrim** n. 190, setembro de 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. - Barueri [SP]: Atlas, 2023.

RAYMUNDO, Adhemar. Ensaios. Da Sentença. *In:* **Estudos Jurídicos em Homenagem a Joaquim Canuto**, p. 32-40, ed. RT, 1987.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual esquematizado**. 3.ed.rev e atual. São Paulo, Saraiva, 2014.

REIS, Anna Carolina Gomes dos... [et al.]. **Teoria geral do processo penal** [recurso eletrônico]; revisão técnica: Vinícius Mauat. Porto Alegre: SAGAH, 2021, p. 14.

REZENDE, Antônio Martinez de. **Dicionário do latim essencial**, 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Global, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SAMPAIO, Aristóteles de Alencar. Anotações sobre a atuação judicial ex officio na prisão cautelar em face da Lei 13.964/2019. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 45-69, Janeiro-Março.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória** – Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, Rudson Coutinho da; FISCHER, Douglas. Interesse recursal do réu em caso de absolvição ou quando extinta sua punibilidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/silva_fischer.html>Acesso em: 03 out. 2023.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan - fev. 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008.

STRECK, Lenio L. **Tribunal do júri**: símbolos & rituais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

STRECK, Lenio Luiz **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. Cabe Recurso Especial contra Habeas Corpus concedido? Redação Conjur. **Consultor Jurídico**. 8 de abril de 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-abr-08/streck-cabe-recurso-especial-habeas-corpus-concedido/ Acesso em 10 de abril de 2024.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio, **Curso de Direito Processual do Trabalho, Volume II** – Processo de Conhecimento, 1ª ed., São Paulo, Ed. LTr, 2009.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Prova**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/91/edicao-1/prova Acesso em: 10 de janeiro de 2024.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**, vol. 1. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 1977.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, tomo II, 1956.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal,** vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TORRES, Magarino. **Processo Penal do Jury no Brasil**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**, v. 2, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 9ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal v.1**., 32 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, v. II, 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

TRANJAN, Alfredo. **A Beca Surrada** - Meio Século no Foro Criminal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder:** contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do Júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira, coord. Rogério Lauria Tucci, São Paulo: RT, 1999.

WHITAKER, Firmino. **Jury.** 6.ed. São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia. 1930.

WRÓBLEWSKI, J., An outline of a general theory of legal interpretation and constitutional interpretation, Acta Universitatis Lodziensis, **Folia Iuridica** 32, 1987, p. 49-58.

ZAGO, Marcelo, ROLIM, CURY, Nafêz Imamy; **Processo penal decifrado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda sobre as provas ilícitas no processo penal. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 12, nº 1, p. 45-62, 2012.

Este livro oferece uma abordagem abrangente e aprofundada sobre o Processo Penal brasileiro, integrando teoria e prática de maneira clara e didática. Elaborado com base na experiência do autor como advogado criminalista e professor, a obra busca não apenas transmitir o conteúdo técnico, mas também estimular uma reflexão crítica sobre os princípios que regem o sistema processual penal.

Dividido em capítulos que percorrem desde os fundamentos constitucionais do Processo Penal até as etapas específicas do procedimento criminal, o livro aborda temas como garantias do acusado, investigação preliminar, ações penais, nulidades, recursos e execução penal, sempre com uma linguagem acessível e exemplos práticos.

Destaca-se pela análise cuidadosa das alterações legislativas recentes e pela discussão de temas polêmicos, como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e a atuação do Tribunal do Júri. Além disso, a obra apresenta quadros comparativos, esquemas e sugestões de leitura que auxiliam estudantes, advogados e operadores do direito a aprofundarem seus conhecimentos e a aplicarem a teoria no cotidiano profissional.

Com um estilo direto e fluido, este livro é um convite ao estudo sério e crítico do Processo Penal, contribuindo para a formação de profissionais comprometidos com a defesa da justiça e dos direitos fundamentais.

DIALÉTICA
EDITORA

9 786527 057048 >