



Cadernos Sistematizados

Direito Processual Penal

De acordo com a Lei
14.245/2021



www.cadernossistematizados.com.br

1



CADERNO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL – PARTE I

APRESENTAÇÃO	24
NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	25
1. PRETENSÃO PUNITIVA	25
2. SISTEMAS PROCESSUAIS	25
2.1. SISTEMA INQUISITORIAL	25
2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO	26
2.3. SISTEMA MISTO OU FRANCES	28
PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAI E PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS.....	29
1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	29
1.1. CONCEITO	29
1.2. PREVISÃO.....	29
1.3. DIMENSÕES DE ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	30
1.3.1. Dimensão interna ao processo.....	30
1.3.2. Dimensão externa ao processo.....	30
1.4. REGRAS FUNDAMENTAIS QUE DERIVAM DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DIMENSÃO INTERNA	32
1.4.1. Regra probatória.....	32
1.4.2. Regra de tratamento	33
1.5. LIMITE TEMPORAL	33
1.6. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI	36
2. PRINCÍPIO DO “NEMO TENETUR SE DETEGERE”	36



2.1. CONCEITO	36
2.2. PREVISÃO LEGAL	36
2.3. TITULAR DO DIREITO.....	37
2.4. ADVERTÊNCIA QUANTO AO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO.....	37
2.5. DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO	39
2.5.1. Direito ao silêncio ou direito de ficar calado	39
2.5.2. Direito ao silêncio no tribunal do júri e sua utilização como argumento de autoridade	39
2.5.3. Direito de mentir ou inexigibilidade de dizer a verdade	39
2.5.4. Direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo	40
2.5.5. Direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.....	40
2.6. <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> E A PRÁTICA DE OUTROS ILÍCITOS	41
2.7. DEVER LEGAL DE INTERRUPTÃO IMEDIATA DO INTERROGATÓRIO QUANDO O IMPUTADO OPTAR PELO EXERCÍCIO DO DIREITO AO SILÊNCIO.....	42
3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	42
3.1. ELEMENTOS	43
3.2. CONTRADITÓRIO EFETIVO E EQUILIBRADO.....	43
3.3. CONTRADITÓRIO PARA A PROVA (REAL) E CONTRADITÓRIO SOBRE A PROVA (DIFERIDO).....	44
4. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	44
4.1. DEFESA TÉCNICA	45
4.1.1. Conceito	45
4.1.2. Caráter irrenunciável.....	45
4.1.3. Direito de escolha.....	45
4.1.4. (Im) possibilidade de o acusado exercer sua defesa técnica.....	46
4.1.5. Defesa técnica de dois ou mais acusados e único defensor	46
4.1.6. Procedimentos aplicáveis	47
4.1.7. Tempo hábil para realizar a defesa.....	47
4.2. AUTODEFESA.....	48
4.2.1. Direito de audiência	48
4.2.2. Direito de presença.....	49
4.2.3. Direito a postular pessoalmente.....	49
4.3. AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	50
4.4. AMPLA DEFESA E EXECUÇÃO PENAL	50
5. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL	50
5.1. CONCEITO	50



5.2. PREVISÃO LEGAL	51
5.3. TRIBUNAL DE EXCEÇÃO	51
5.4. REGRAS DE PROTEÇÃO QUE DERIVAM DO JUIZ NATURAL.....	52
5.5. DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO	52
5.6. LEI MODIFICADORA DA COMPETÊNCIA E SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO	52
5.7. CONVOCAÇÃO DE JUÍZES DE 1º GRAU PARA SUBSTITUIR DESEMBARGADORES	53
5.7.1. Previsão legal	53
5.7.2. Critérios de convocação	54
5.7.3. Julgamento por turma ou câmara composta por maioria de desembargadores convocados.....	54
5.8. ESPECIALIZAÇÃO PARA JULGAMENTO DE CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS...	54
6. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	54
6.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	55
6.2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL, LEGAL E CONVENCIONAL	55
6.3. DIVISÃO DA PUBLICIDADE	56
6.3.1. Publicidade ampla (plena/absoluta/popular/geral).....	56
6.3.2. Publicidade restrita (segredo de justiça)	56
LEI PROCESSUAL	57
1. NO TEMPO	57
1.1. CONCEITO	57
1.2. NORMAS DE DIREITO PENAL.....	57
1.3. NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	57
1.3.1. Norma genuinamente processual	57
1.3.2. Norma materialmente processual	58
1.4. NORMAS PROCESSUAIS HETEROTÓPICAS.....	60
1.5. VIGÊNCIA, VALIDADE, REVOGAÇÃO, DERROGAÇÃO E AB-ROGAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL	60
2. INTERPRETAÇÃO	60
2.1. QUANTO À ORIGEM OU AO SUJEITO QUE A REALIZA	60
2.1.1. Autêntica ou legislativa	60
2.1.2. Doutrinária ou científica	61
2.1.3. Judicial ou jurisprudencial	61
2.2. QUANTO AO MODO, AOS MEIOS EMPREGADOS.....	61
2.2.1. Literal, gramatical ou sintática.....	61
2.2.2. Teleológica	61



2.2.3. Lógica.....	61
2.2.4. Histórica	61
2.2.5. Sistemática	61
2.3. QUANTO AO RESULTADO	61
2.3.1. Declarativa.....	61
2.3.2. Restritiva.....	61
2.3.3. Extensiva ou ampliativa	61
2.3.4. Progressiva, adaptativa ou evolutiva.....	62
2.4. ANALOGIA.....	62
2.5. APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO PENAL.....	62
3. NO ESPAÇO	63
3.1. TRATADOS, CONVENÇÕES E REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL	63
3.2. PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E DE OUTRAS AUTORIDADES.....	64
3.3. PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESPECIAL	65
3.4. CRIMES DE IMPRENSA.....	65
3.5. CRIMES ELEITORAIS	65
JUIZ DAS GARANTIAS	66
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	66
2. CONCEITO.....	66
3. NATUREZA JURÍDICA	67
4. DISTINÇÕES.....	67
4.1. JUIZ DAS GARANTIAS E DIPO	67
4.2. JUIZ DAS GARANTIAS E JUIZADO DE INSTRUÇÃO	67
5. FUNDAMENTO	67
6. INCONSTITUCIONALIDADE.....	68
6.1. FORMAL	68
6.2. MATERIAL	69
7. INÍCIO DA EFICÁCIA	69
8. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS FEITOS EM ANDAMENTO.....	69
9. COMPETÊNCIAS CRIMINAIS DO JUIZ DAS GARANTIAS.....	70
10. ABRANGÊNCIA DA COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS.....	72
11. VEDAÇÃO À EXPLORAÇÃO DA IMAGEM DE PESSOA SUBMETIDA À PRISÃO COMO INSTRUMENTO DE SE CONCRETIZAR O RESPEITO À INTEGRIDADE MORAL DO PRESO..	74
INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	75
1. CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL.....	75



1.1. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	75
1.2. INQUISITÓRIO	75
1.3. PREPARATÓRIO.....	75
1.4. PRESIDIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL.....	75
1.5. IDENTIFICAR FONTES DE PROVA	75
1.6. COLHER ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO.....	76
1.7. A FIM DE PERMITIR QUE O TITULAR DA AÇÃO PENAL POSSA INGRESSAR EM JUÍZO 76	
2. FUNÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL.....	76
3. NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL.....	76
4. FINALIDADES DO INQUÉRITO POLICIAL.....	78
4.1. IDENTIFICAR FONTES DE PROVAS	78
4.2. COLHER ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO.....	78
4.2.1. Diferença entre provas e elemento de informação	78
5. ATRIBUIÇÃO PARA PRESIDÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL.....	80
5.1. NATUREZA DO CRIME E ATRIBUIÇÃO PARA INVESTIGAÇÃO.....	82
5.1.1. Crime militar	82
5.1.2. Crime militar estadual	82
5.1.3. Crime eleitoral.....	82
5.1.4. Crime federal	82
5.1.5. Crime comum	83
6. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL.....	84
6.1. PROCEDIMENTO ESCRITO	84
6.2. PROCEDIMENTO DISPENSÁVEL.....	84
6.3. PROCEDIMENTO SIGILOSO	85
6.3.1. Acesso do advogado aos autos do procedimento investigatório	85
6.3.2. Consequências decorrentes da negativa de acesso aos autos da investigação preliminar e instrumentos processuais a serem utilizados pelo defensor	86
6.3.3.(Des) necessidade de procuração.....	87
6.3 4.(Des) necessidade de autorização judicial para acesso do advogado aos autos do IP	87
6.4. PROCEDIMENTO INQUISITORIAL	87
6.4.1. Investigação preliminar como procedimento sujeito ao contraditório e à ampla defesa 88	
6.4.2. Investigação preliminar como um procedimento inquisitorial.....	90
6.5. PROCEDIMENTO DISCRICIONÁRIO.....	93
6.6. PROCEDIMENTO INDISPONÍVEL	94



6.7. PROCEDIMENTO TEMPORÁRIO	94
7. FORMAS DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL	95
7.1. AÇÃO PENAL PRIVADA (APP)	95
7.2. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO (APCR)	95
7.3. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA (API)	96
7.3.1. Instauração de ofício (PORTARIA)	96
7.3.2. Requisição do juiz ou do MP.....	97
7.3.3. Requerimento do ofendido/representante legal.....	98
7.3.4. Auto de prisão em flagrante delito.....	98
7.3.5. Notícia oferecida por qualquer do povo (“delatio criminis”)	99
8. NOTITIA CRIMINIS.....	99
8.1. CONCEITO	99
8.2. ESPÉCIES	99
8.2.1. De cognição imediata (espontânea).....	99
8.2.2. De cognição mediata (provocada)	99
8.2.3. De cognição coercitiva.....	99
8.3. NOTITIA CRIMINIS INQUALIFICADA	100
9. INCOMUNICABILIDADE DO INDICIADO PRESO.....	100
10. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	102
10.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	102
10.2. LEIS RELATIVAS À IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	103
10.3. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	103
10.4. LEI N. 12.654/2012 – COLETA DE MATERIAL GENÉTICO.....	104
11. INDICIAMENTO.....	109
11.1. CONCEITO	109
11.2. MOMENTO	109
11.3. ESPÉCIES DE INDICIAMENTO.....	110
11.3.1. Indiciamento Direito.....	110
11.3.2. Indiciamento Indireto	110
11.4. PRESSUPOSTOS.....	110
11.5. ATRIBUIÇÃO	110
11.6. DESINDICIAMENTO.....	111
11.7. SUJEITO PASSIVO DO INDICIAMENTO.....	111
11.8. AFASTAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES	111
12. CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL	112
12.1. PRAZO PARA CONCLUSÃO.....	112



12.2. RELATÓRIO DA AUTORIDADE POLICIAL.....	115
12.3. DESTINATÁRIO.....	116
12.4. PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS PELO JUÍZO COMPETENTE	118
13. VISTAS AO MP	119
13.1. AÇÃO PENAL PRIVADA.....	119
13.2. AÇÃO PENAL PÚBLICA	119
13.2.1. Oferecimento da denúncia	119
13.2.2. Requerimento de diligências	119
13.2.3. Decisão de arquivamento do IP.....	120
13.2.4. Alegação de incompetência do juízo e pedido de remessa dos autos ao juízo competente (<i>declinatori fori</i>).....	120
13.2.5. Suscitar conflito de competência ou conflito de atribuição	120
14. CONFLITO DE COMPETÊNCIA.....	120
14.1. CONCEITOS.....	120
14.1.1. Conflito Positivo	121
14.1.2. Conflito Negativo.....	121
14.2. CASUÍSTICA.....	122
14.2.1. Qual a competência para julgar conflito?.....	122
14.2.2. Caso especial: conflito de competência entre Juizado Especial Federal e Juízo Comum Federal	122
15. CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO	123
16. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL	128
16.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	128
16.2. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ART. 28.....	129
16.3. (IM) POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO EX OFFICIO	129
16.4. FIM DO CONTROLE JUDICIAL	130
16.5. NATUREZA COMPLEXA	130
16.6. COMUNICAÇÃO DA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO	130
16.7. RECURSO CONTRA O ARQUIVAMENTO	131
16.8. INSTÂNCIA MINISTERIAL.....	132
16.9. (IM) POSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE ENUNCIADOS PELA INSTÂNCIA DE REVISÃO MINISTERIAL	133
16.10. FUNDAMENTOS PARA O ARQUIVAMENTO	133
16.10.1. Atipicidade formal ou material.....	133
16.10.2. Excludente da ilicitude/Excludente da culpabilidade, SALVO inimputabilidade.....	133
16.10.3. Causa extintiva da punibilidade.....	134



16.10.4.	Ausência de elementos informativos quanto à autoria e materialidade	134
16.11.	COISA JULGADA NA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO	134
16.12.	DESARQUIVAMENTO	135
16.13.	(IN) SUBSISTÊNCIA DA APLICAÇÃO DO ART. 28 PELO JUIZ NAS HIPÓTESES DE DIVERGÊNCIA ENTRE MAGISTRADO E O ÓRGÃO MINISTERIAL	136
16.14.	ARQUIVAMENTO NAS HIPÓTESES DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO PGR OU DO PGJ	137
16.15.	ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO	137
16.16.	ARQUIVAMENTO INDIRETO	138
17.	TRANCAMENTO (OU ENCERRAMENTO ANÔMALO) DO INQUÉRITO POLICIAL	138
18.	INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	139
19.	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	141
19.1.	PREVISÃO NORMATIVA	141
19.2.	CONCEITO	143
19.3.	FUNDAMENTO	144
19.4.	DISCRICIONARIEDADE	144
19.5.	DIREITO INTERTEMPORAL	145
19.6.	REQUISITOS POSITIVOS	145
19.7.	REQUISITOS NEGATIVOS (VEDAÇÕES)	146
19.8.	CONDIÇÕES	147
19.9.	CONTROLE JURISDICIONAL	148
19.10.	RESCISÃO E CUMPRIMENTO	149
19.11.	RECURSO	150
20.	CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MP	150
20.1.	PREVISÃO	150
20.2.	CONCEITO	150
20.3.	FUNDAMENTOS	150
20.4.	ESPÉCIES	151
20.4.1.	Controle difuso	151
20.4.2.	Controle concentrado	151
21.	INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	151
22.	INVESTIGAÇÃO POR DETETIVE PARTICULAR	152
	AÇÃO PENAL	154
1.	DIREITO DE AÇÃO PENAL	154
1.1.	CONCEITO	154
1.2.	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	154



1.3.	DIREITO DE AÇÃO x AÇÃO PENAL	154
1.4.	DIREITO DE AÇÃO x DIREITO MATERIAL	154
1.5.	OBSERVAÇÕES IMPORTANTES	154
2.	CONDIÇÕES DA AÇÃO	155
2.1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	155
2.2.	ESPÉCIES	157
2.2.1.	Condições genéricas	157
2.2.2.	Condições específicas (condição de procedibilidade)	157
2.3.	CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE UMA CONDIÇÃO DE AÇÃO	158
2.3.1.	Por ocasião do juízo de admissibilidade da peça acusatória.....	158
2.3.2.	Verificada durante o curso do processo	158
3.	CONDIÇÕES GENÉRICAS DA AÇÃO PENAL.....	159
3.1.	POSSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO	159
3.2.	LEGITIMIDADE PARA AGIR (<i>LEGITIMATIO AD CAUSAM</i>)	161
3.2.1.	Legitimidade <i>ad causam</i> ativa no processo penal.....	161
3.2.2.	Legitimidade <i>ad causam</i> passiva no processo penal	162
3.2.3.	Legitimidade <i>ad causam</i> ativa e passiva da pessoa jurídica	163
3.3.	INTERESSE DE AGIR	164
3.4.	JUSTA CAUSA	166
3.4.1.	Conceito	166
3.4.2.	Natureza jurídica.....	167
3.4.3.	Justa causa duplicada	167
4.	CONDIÇÕES DE PROSEGUIBILIDADE	167
5.	CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES PENAIS.....	169
5.1.	AÇÃO PENAL PÚBLICA	169
5.1.1.	Ação penal pública incondicionada	169
5.1.2.	Ação penal condicionada.....	169
5.1.3.	Ação penal pública subsidiária da pública.....	169
5.2.	AÇÃO PENAL PRIVADA.....	170
5.2.1.	Ação penal privada personalíssima	172
5.2.2.	Ação penal exclusivamente privada.....	172
5.2.3.	Ação penal privada subsidiária da pública	172
6.	PRINCÍPIOS DA AÇÕES PENAIS.....	172
6.1.	<i>NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO</i> (PRINCÍPIO DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO)	173
6.2.	<i>NE BIS IN IDEM</i> PROCESSUAL.....	173
6.3.	PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA.....	175



6.4.	PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE.....	175
6.4.1.	Obrigatoriedade X pedido de absolvição pelo MP.....	176
6.4.2.	Mecanismo de fiscalização do princípio da obrigatoriedade.....	176
6.4.3.	Exceções ao princípio da obrigatoriedade	177
6.5.	PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE (INDESISTIBILIDADE)	179
6.6.	PRINCÍPIO DA DIVISIBILIDADE.....	179
6.7.	PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE OU CONVENIÊNCIA	180
6.8.	PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PRIVADA.....	180
6.9.	PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE	180
7.	REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO	181
7.1.	CONCEITO	181
7.2.	NATUREZA JURÍDICA	182
7.3.	RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO	182
7.4.	EFICÁCIA OBJETIVA DA REPRESENTAÇÃO	183
8.	REQUISIÇÃO DO MINISTRO DA JUSTIÇA	183
8.1.	CONCEITO	183
8.2.	NATUREZA JURÍDICA	183
8.3.	RETRATAÇÃO DA REQUISIÇÃO.....	183
8.4.	INEXISTÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL.....	184
9.	CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE RELATIVAS À AÇÃO PENAL PRIVADA	184
9.1.	DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO PRIVADA OU DE REPRESENTAÇÃO	184
9.1.1.	Conceito	184
9.1.2.	Natureza jurídica.....	185
9.1.3.	Previsão legal	185
9.1.4.	Prazo	185
9.2.	RENÚNCIA DO DIREITO DE QUEIXA.....	186
9.2.1.	Previsão legal	186
9.2.2.	Conceito e considerações.....	187
9.2.3.	Natureza jurídica.....	187
9.2.4.	Princípio da indivisibilidade	187
9.2.5.	Espécies	187
9.3.	PERDÃO DO OFENDIDO	188
9.3.1.	Natureza jurídica.....	188
9.3.2.	Conceito	188
9.3.3.	Princípio da indivisibilidade	188
9.3.4.	Espécies de perdão	189



9.3.5. Espécies de aceitação	189
9.3.6. Perdão do ofendido X Perdão judicial	189
9.4. PEREMPÇÃO	190
9.4.1. Conceito	190
9.4.2. Natureza jurídica.....	190
9.4.3. Decadência X Perempção	190
9.4.4. Hipóteses de perempção	190
9.4.5. Renúncia x Perdão do Ofendido x Perempção.....	191
10. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA	192
10.1. PREVISÃO LEGAL	192
10.2. PRESSUPOSTOS.....	192
10.3. PODERES DO MP	194
10.3.1. Repudiar a queixa, oferecendo denúncia substitutiva.....	194
10.3.2. Aditar a queixa, tanto em seus aspectos formais, como materiais	194
10.3.3. Se o querelante for negligente, o MP reassume o polo ativo da ação penal	195
10.4. PRAZO.....	195
11. AÇÃO PENAL POPULAR.....	195
12. AÇÃO PENAL ADESIVA.....	196
13. AÇÃO DE PREVENÇÃO PENAL.....	197
14. AÇÃO PENAL SECUNDÁRIA.....	197
15. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A HONRA.....	197
15.1. INJÚRIA REAL MEDIANTE VIAS DE FATO.....	197
15.2. CRIME CONTRA A HONRA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA	199
15.3. CRIME CONTRA A HONRA DE SERVIDOR PÚBLICO EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES 199	
16. AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO LEVE PRATICADOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER	199
17. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	200
18. PEÇA ACUSATÓRIA.....	203
18.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	203
18.2. REQUISITOS	203
18.2.1. Exposição do fato delituoso.....	204
18.2.2. Qualificação do acusado	206
18.2.3. Classificação do crime	206
18.2.4. Rol de testemunhas	207
18.2.5. Em vernáculo	208



18.2.6.	Subscrita pelo promotor/advogado	208
18.3.	PROCURAÇÃO PARA QUEIXA-CRIME	208
19.	AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>	210
19.1.	INTRODUÇÃO	210
19.2.	SISTEMAS ATINENTES À RELAÇÃO ENTRE AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i> E O PROCESSO PENAL	211
19.2.1.	Sistema da Confusão	211
19.2.2.	Sistema da Solidariedade.....	211
19.2.3.	Sistema da Livre Escolha	211
19.2.4.	Sistema da Independência	212
19.3.	POSSIBILIDADES ALTERNATIVAS E INDEPENDENTES PARA O OFENDIDO BUSCAR O RESSARCIMENTO DO DANO CAUSADO PELO DELITO.....	212
19.3.1.	Ação de execução <i>ex delicto</i>	212
19.3.2.	Ação civil <i>ex delicto</i>	212
19.4.	EFEITOS CIVIS DA ABSOLVIÇÃO PENAL	212
19.4.1.	Estar provada a inexistência do fato	213
19.4.2.	Não haver prova da existência do fato.....	213
19.4.3.	Não constituir o fato infração penal	213
19.4.4.	Estar provado que o réu não concorreu para a infração penal.....	213
19.4.5.	Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal	213
19.4.6.	Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência	213
19.4.1.	Não existir prova suficiente para condenação	213
19.5.	EFEITOS CIVIS DE OUTRAS DECISÕES.....	213
19.5.1.	Sentença absolutória imprópria	213
19.5.2.	Sentença absolutória proferida pelo Júri.....	214
19.5.3.	Arquivamento do inquérito policial	214
19.5.4.	Transação penal	214
19.6.	OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O DANO CAUSADO PELO DELITO COMO EFEITO GENÉRICO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.....	214
19.7.	LEGITIMIDADE ATIVA.....	214
19.8.	LEGITIMIDADE PASSIVA.....	214
19.9.	QUANTIFICAÇÃO DO MONTANTE A SER INDENIZADO AO OFENDIDO	215
19.10.	(DES) NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO	215
19.11.	NATUREZA DO DANO CUJO INDENIZAÇÃO MÍNIMA PODE SER FIXADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA	216
19.12.	(IM) POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO A TÍTULO	



DE DANO MORAL	216
COMPETÊNCIA.....	218
1. MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	218
1.1. AUTOTUTELA	218
1.2. AUTOCOMPOSIÇÃO.....	218
1.3. JURISDIÇÃO	219
2. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL	219
3. CONCEITO DE COMPETÊNCIA	219
4. ESPÉCIES DE COMPETÊNCIA	219
4.1. <i>RATIONE MATERIAE</i>	219
4.2. <i>RATIONE PERSONAE (FUNCIONAE)</i>	219
4.3. <i>RATIONE LOCI</i>	219
4.4. COMPETÊNCIA FUNCIONAL.....	220
4.4.1. Por fase do processo	220
4.4.2. Por objeto do juízo	220
4.4.3. Por grau de jurisdição	220
4.5. COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA.....	221
5. GUIA DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA.....	222
6. COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (JMU) E DOS ESTADOS (JME).....	223
6.1. NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR (LEI 13.491/2017).....	225
6.1.1. Crimes previstos no Código Penal Militar e os previstos na legislação penal	225
6.1.2. Crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis	227
7. COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA ELEITORAL	228
7.1. CONEXÃO ENTRE CRIME ELEITORAL E CRIME COMUM	228
8. COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO	229
9. COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA FEDERAL	229
9.1. CRIMES POLÍTICOS	230
9.2. INFRAÇÕES PENAIS PRATICADAS EM DETRIMENTO DE BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO OU DE SUAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS OU EMPRESA PÚBLICA	231
9.3. CRIMES PREVISTOS EM TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL, DESDE QUE INICIADA A EXECUÇÃO NO PAÍS, O RESULTADO TENHA OU DEVESSE TER OCORRIDO NO ESTRANGEIRO OU RECIPOCAMENTE.....	239
9.3.1. Requisitos.....	239
9.3.2. Tráfico internacional de drogas	239
9.3.3. Prática de pedofilia pela internet.....	240



9.3.4. Crime de violação de direito autoral e contra a lei de software decorrentes de compartilhamento de TV por assinatura, via satélite ou cabo, por meio de serviços de *card sharing*
241

9.4. INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA (IDC)	242
9.4.1. Considerações.....	242
9.4.2. Requisitos.....	242
9.4.3. Legitimidade	242
9.4.4. Competência	243
9.4.5. Julgamentos	243
9.5. CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO	245
9.6. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA 246	
9.7. CRIMES COMETIDOS A BORDO DE NAVIOS E AERONAVES	247
9.8. CRIMES RELATIVOS À DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS.....	248
9.9. CONEXÃO E CONTINÊNCIA ENTRE CRIME “FEDERAL” E “ESTADUAL”	249
10. COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA ESTADUAL.....	250
11. JURISDIÇÃO POLÍTICA OU EXTRAORDINÁRIA	250
12. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO (<i>RATIONE PERSONAE/RATIONE FUNCIONAE</i>)	250
12.1. INVESTIGAÇÃO E INDICIAMENTO DE PESSOAS COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	250
12.2. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO ORIGINÁRIO NAS HIPÓTESES DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA DO PGR/PGJ	251
12.3. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	251
12.4. REGRA DA CONTEMPORANEIDADE E REGRA DA ATUALIDADE.....	252
12.5. CRIME COMETIDO APÓS O EXERCÍCIO FUNCIONAL	257
12.6. CRIME DOLOSO CONTRA VIDA	257
12.7. CONCURSO DE AGENTES.....	258
12.8. SÚMULAS.....	259
13. COMPETÊNCIA TERRITORIAL	259
13.1. CONSIDERAÇÕES.....	259
13.2. REGRA DE FIXAÇÃO	260
13.3. CRIMES FORMAIS.....	260
13.4. CRIMES PLURILOCAIS DE HOMICÍDIO	260
13.5. COMPETÊNCIA TERRITORIAL PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE ESTELIONATO	261
13.5.1. Antes da vigência da Lei 14.155/2021.....	261
13.5.1. Após da vigência da Lei 14.155/2021.....	262



13.6. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO	266
13.7. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS POR MEIO DE REMESSA DO EXTERIOR PELA VIA POSTAL	266
13.8. CRIME DE USO DE PASSAPORTE FALSO	267
13.9. CRIMES PRATICADOS NO ESTRANGEIRO	267
13.10. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO	267
13.11. COMPETÊNCIA TERRITORIAL COM BASE NO DOMICÍLIO DO ACUSADO	267
14. CONEXÃO E CONTINÊNCIA	268
14.1. CONSIDERAÇÕES	268
14.2. CONCEITO DE CONEXÃO	268
14.3. ESPÉCIES DE CONEXÃO	269
14.3.1. Conexão intersubjetiva: várias pessoas e vários delitos	269
14.3.2. Conexão objetiva/material/lógica/teleológica	269
14.3.3. Conexão instrumental/probatória/processual	269
14.4. CONCEITO DE CONTINÊNCIA	269
14.5. ESPÉCIES DE CONTINÊNCIA	270
14.5.1. Continência subjetiva ou por cumulação subjetiva	270
14.5.2. Continência objetiva ou por cumulação objetiva	270
14.6. EFEITOS DA CONEXÃO E DA CONTINÊNCIA	270
14.6.1. Processo e julgamento único (<i>simultaneus processus</i>)	270
14.6.2. Um foro ou um juízo exercerá força atrativa (<i>fórum attractionis</i> ou <i>vis attractiva</i>)	271
14.7. FORO PREVALECENTE	271
14.7.1. Competência prevaiente do Tribunal do Júri	271
14.7.2. Jurisdição distinta	271
14.7.3. Concurso entre órgãos de jurisdição superior e inferior	272
14.7.4. Jurisdição da mesma categoria	272
TEORIA GERAL DAS PROVAS	273
1. PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	273
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	273
1.2. FUNDAMENTOS	273
1.2.1. Proteção aos direitos fundamentais	273
1.2.2. Causa de dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais	273
1.3. PREVISÃO CONSTITUCIONAL	273
1.4. DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA	273
1.5. TEORIA DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	276
1.5.1. Conceito	276



1.6.	LIMITAÇÕES À TEORIA DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	277
1.6.1.	Teoria da fonte independente	277
1.6.2.	Teoria da descoberta inevitável	278
1.6.3.	Limitação da mancha purgada.....	279
1.6.4.	Teoria do encontro fortuito de provas.....	282
2.	ÔNUS DA PROVA.....	284
2.1.	CONCEITO	284
2.2.	ESPÉCIES	284
2.2.1.	Ônus da prova subjetivo	284
2.2.2.	Ônus da prova objetivo e subjetivo	285
2.3.	DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	285
3.	SISTEMA DE AVALIAÇÃO (VALORAÇÃO) DA PROVA.....	286
3.1.	SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICTÃO	286
3.2.	SISTEMA DA VERDADE LEGAL/TARIFÁRIO DE PROVAS/CERTEZA MORAL DO LEGISLADOR	286
3.3.	SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO OU DA PERSUAÇÃO RACIONAL DO JUIZ	287
4.	TERMINOLOGIA DA PROVA	288
4.1.	FONTES DE PROVA x MEIOS DE PROVA x MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA	288
4.2.	INDÍCIOS	289
4.2.1.	Sinônimo de prova indireta	289
4.2.2.	Sinônimo de prova semiplena.....	290
4.3.	OBJETO DA PROVA	290
4.4.	PROVA EMPRESTADA	291
4.4.1.	Conceito	292
4.4.2.	Forma.....	292
4.4.3.	Valor probatório	292
4.4.4.	Requisitos.....	292
4.5.	PROVA NOMINADA x PROVA INOMINADA	293
4.6.	PROVA TÍPICA x PROVA ATÍPICA	293
4.7.	PROVA ANÔMALA x PROVA IRRITUAL	293
4.8.	CRITÉRIOS DE DECISÃO (STANDARDS PROBATÓRIOS)	294
5.	CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS	294
5.1.	CONCEITO	294
5.2.	ETAPAS.....	295
5.3.	INOBSERVÂNCIA.....	296



5.4. DEMAIS DISPOSITIVOS	296
PROVAS EM ESPÉCIE	299
1. CONSIDERAÇÕES	299
2. EXAME DE CORPO DE DELITO E OUTRAS PERÍCIAS	299
2.1. PREVISÃO LEGAL	299
2.2. CONCEITOS.....	299
2.2.1. Corpo de delito	299
2.2.2. Exame de corpo de delito	299
2.2.3. Laudo de exame de corpo de delito	300
2.3. MOMENTO PARA JUNTADA DO LAUDO PERICIAL	300
2.4. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE CORPO DE DELITO	301
2.5. EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO E INDIRETO.....	301
2.6. PERITOS	301
2.6.1. Conceito	302
2.6.2. Espécies.....	302
2.7. ASSISTENTE TÉCNICO	302
2.8. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL.....	303
2.9. PRIORIDADE EM CERTOS CRIMES	304
3. INTERROGATÓRIO JUDICIAL.....	304
3.1. CONCEITO	304
3.2. NATUREZA JURÍDICA	305
3.3. MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO JUDICIAL NO PROCEDIMENTO COMUM E NO PROCEDIMENTO DO JÚRI	306
3.4. CONDUÇÃO COERCITIVA.....	307
3.4.1. Conceito	307
3.4.2. Competência	307
3.4.3. Finalidade	307
3.5. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO	308
3.6. CARACTERÍSTICAS DO INTERROGATÓRIO	308
3.6.1. Ato personalíssimo	308
3.6.2. Ato contraditório.....	308
3.6.3. Assistido tecnicamente	309
3.6.4. Ato público.....	309
3.6.5. Ato oral	309
3.6.6. Ato individual	310
3.7. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA.....	310



4.	CONFISSÃO	312
4.1.	PREVISÃO LEGAL	312
4.2.	CONCEITO	312
4.3.	VALOR PROBATÓRIO	312
4.4.	ESPÉCIES DE CONFISSÃO.....	313
4.4.1.	Confissão extrajudicial	313
4.4.2.	Confissão judicial.....	313
4.4.3.	Confissão explícita.....	313
4.4.4.	Confissão implícita.....	313
4.4.5.	Confissão simples.....	314
4.4.6.	Confissão qualificada.....	314
4.4.7.	Confissão ficta ou presumida.....	314
4.4.8.	Confissão delatória	314
4.5.	CARACTERÍSTICAS DA CONFISSÃO	314
4.5.1.	Ato personalíssimo	315
4.5.2.	Ato livre e espontâneo	315
4.5.3.	Ato retratável	315
4.5.4.	Ato divisível	315
5.	PROVA TESTEMUNHAL.....	315
5.1.	CONCEITO DE TESTEMUNHA	315
5.2.	DEVERES DA TESTEMUNHA.....	315
5.2.1.	Dever de depor	315
5.2.2.	Dever de comparecimento	316
5.2.3.	Dever de prestar o compromisso de dizer a verdade	318
5.2.4.	Dever de comunicar alteração de endereço.....	319
5.3.	ESPÉCIES DE TESTEMUNHAS.....	319
5.3.1.	Testemunhas numerárias	320
5.3.2.	Testemunhas extranumerárias	320
5.3.3.	Testemunhas direta	320
5.3.4.	Testemunhas indireta	320
5.3.5.	Testemunhas própria.....	320
5.3.6.	Testemunhas imprópria, instrumentária ou fedatária	320
5.3.7.	Informante	321
5.3.8.	Testemunhas referida.....	321
5.3.9.	Depoimento <i>ad perpetuam rei memoriam</i>	321
5.3.10.	Testemunhas anônima.....	321



5.3.11.	Testemunhas ausente.....	322
5.3.12.	Testemunhas remota	322
5.3.13.	Testemunhas vulneráveis e depoimento sem dano	322
5.4.	PROCEDIMENTO PARA A OITIVA DE TESTEMUNHAS	323
5.4.1.	Substituição de testemunha.....	323
5.4.2.	Desistência da oitiva de testemunha.....	324
5.4.3.	Contradita e arguição de parcialidade.....	324
5.4.4.	Retirada do acusado da sala de audiências.....	324
5.4.5.	Método de colheita do depoimento	325
5.4.6.	Inversão da ordem de oitiva de testemunhas.....	326
6.	BUSCA E APREENSÃO	327
6.1.	DISTINÇÃO ENTRE BUSCA E APREENSÃO	327
6.2.	OBJETO.....	327
6.3.	ESPÉCIES DE BUSCA	327
6.3.1.	Busca pessoal	328
6.3.2.	Busca domiciliar.....	328
6.4.	BUSCA PESSOAL	328
6.4.1.	Busca pessoal por razões de segurança.....	328
6.4.2.	Busca pessoal de natureza processual penal	328
6.5.	BUSCA DOMICILIAR	329
6.5.1.	Inviolabilidade domiciliar	329
6.5.2.	Conceito de casa	329
6.5.3.	Conceito de dia.....	330
6.5.4.	Reserva de jurisdição	330
6.5.5.	Flagrante delito	332
	MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL.....	337
1.	A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL	337
2.	ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES	337
2.1.	MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PATRIMONIAL.....	337
2.2.	MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PROBATÓRIA	338
2.3.	MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL	338
3.	LEI 12.403/11 E O FIM DA BIPOLARIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL PREVISTAS NO CPP.....	339
4.	PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL	340
5.	PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL.....	341



6.	PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES	344
6.1.	APLICAÇÃO ISOLADA OU CUMULATIVA	344
7.	JURISDICIONALIDADE.....	344
7.1.	PRINCÍPIO TÁCITO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR	345
7.2.	VEDAÇÃO À PRISÃO CAUTELAR <i>EX LEGE</i>	346
7.3.	DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO PELO JUIZ	347
8.	LEGITIMIDADE PARA O REQUERIMENTO DE DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES	349
9.	CONTRADITÓRIO PRÉVIO	350
10.	DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	351
11.	DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E (DES) NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 313 DO CPP	352
12.	REVOGABILIDADE E/OU SUBSTITUTIVIDADE DA MEDIDAS CAUTELARES.....	353
13.	RECURSOS ADEQUADOS.....	353
13.1.	EM FAVOR DA ACUSAÇÃO.....	353
13.2.	EM FAVOR DO ACUSADO.....	354
14.	DETRAÇÃO E MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	355
	PRISÃO	357
1.	CONCEITO.....	357
2.	ESPÉCIES DE PRISÃO	357
2.1.	PRISÃO CIVIL.....	357
2.2.	PRISÃO DO FALIDO.....	357
2.3.	PRISÃO ADMINISTRATIVA.....	358
2.4.	PRISÃO MILITAR.....	361
2.5.	PRISÃO PENAL (<i>CARCER AD POENAM</i>).....	362
2.6.	PRISÃO CAUTELAR (<i>CARCER AD CUSTODIAM</i>)	362
3.	PRISÃO EM FLAGRANTE.....	363
3.1.	CONCEITO	363
3.2.	ESPÉCIES DE PRISÃO EM FLAGRANTE.....	363
3.2.1.	Flagrante obrigatório/coercitivo.....	363
3.2.2.	Flagrante facultativo	363
3.2.3.	Flagrante próprio/perfeito/real/verdadeiro	364
3.2.4.	Flagrante impróprio/irreal/imperfeito/quase flagrante	364
3.2.5.	Flagrante ficto/assimilado/presumido.....	365
3.2.6.	Flagrante preparado/provocado/crime de ensaio/delito putativo por obra do agente provocador.....	365



3.2.7. Flagrante esperado.....	366
3.2.8. Flagrante retardado/diferido/ação controlada.....	367
3.2.9. Flagrante forjado/fabricado/urdido/maquinado.....	368
3.3. FLAGRANTE NAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CRIMES	368
3.3.1. Crimes permanentes.....	368
3.3.2. Crimes habituais	368
3.3.3. Crimes de ação penal privada/ação penal pública condicionada à representação	369
3.3.4. Crimes formais.....	369
3.3.5. Crime continuado.....	369
3.4. FASES DA PRISÃO EM FLAGRANTE.....	369
3.4.1. Captura.....	369
3.4.2. Condução coercitiva	370
3.4.3. Lavratura do auto de prisão em flagrante.....	371
3.4.4. Recolhimento à prisão	371
3.4.5. Comunicação da prisão ao Juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública	371
3.5. CONVALIDAÇÃO JUDICIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE.....	372
3.6. POSTURAS DA AUTORIDADE JUDICIAL PERANTE O FLAGRANTE	373
3.6.1. Relaxamento da prisão em flagrante ilegal	373
3.6.2. Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.....	373
3.6.3. Concessão de liberdade provisória com ou sem fiança.....	376
3.7. NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE	376
3.8. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO)	376
3.8.1. Previsão legal e cabimento	377
3.8.2. Finalidades	378
3.8.3. Presidência.....	378
3.8.4. Conversão da audiência de custódia em audiência una de instrução e julgamento...	379
3.8.5. Liberdade provisória proibida.....	379
3.8.6. Não realização da audiência de custódia.....	379
3.8.7. Ilegalidade da prisão em flagrante	381
3.8.8.(Im) possibilidade de realização de audiência de custódia por videoconferência	382
4. PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO TEMPORÁRIA.....	384
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	384
4.2. CONCEITO	384
4.3. PREVISÃO LEGAL	384
4.3.1. Prisão temporária	385



4.3.2. Prisão Preventiva.....	385
4.4. MOMENTO	387
4.4.1. Prisão Temporária	387
4.4.2. Prisão Preventiva.....	387
4.5. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO <i>EX OFFICIO</i>	388
4.5.1. Prisão Temporária	388
4.5.2. Prisão Preventiva.....	388
4.6. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE	389
4.6.1. Prisão Temporária	389
4.6.2. Prisão Preventiva.....	390
4.7. PRESSUPOSTOS.....	393
4.7.1. Prisão Temporária	393
4.7.2. Prisão Preventiva.....	393
4.8. PRAZO.....	397
4.8.1. Prisão Temporária	397
4.8.2. Prisão Preventiva.....	397
4.9. OBRIGATORIEDADE DE REVISÃO PERIÓDICA DA NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	398
4.10. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA.....	399
5. PRISÃO DOMICILIAR	401
5.1. LEP x CPP	404

APRESENTAÇÃO

Olá!

Inicialmente, gostaríamos de agradecer a confiança em nosso material. Esperamos que seja útil na sua preparação, em todas as fases. A grande maioria dos concurseiros possui o hábito de trocar o material de estudo constantemente, principalmente, em razão da variedade que se tem hoje, cada dia surge algo novo. Porém, o ideal é você utilizar sempre a mesma fonte, fazendo a complementação necessária, pois quanto mais contato temos com determinada fonte de estudo, mais familiarizados ficamos, o que se torna primordial na hora da prova.

O Caderno Sistematizado de Direito Processual Penal, está dividido em Parte I e Parte II, possui como base as aulas do Prof. Renato Brasileiro. Com o intuito de deixar o material mais completo, utilizamos as seguintes fontes complementares: a) Manual de Processo Penal, 2020 (Renato Brasileiro); b) Código de Processo Penal para Concursos, 2018 (Nestor Távora).

Na parte jurisprudencial, utilizamos os informativos do site Dizer o Direito (www.dizerodireito.com.br), os livros: Principais Julgados STF e STJ Comentados, Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito, Súmulas do STF e STJ anotadas por assunto (Dizer o Direito). Destacamos que é importante você se manter atualizado com os informativos, reserve um dia da



semana para ler no site do Dizer o Direito.

Como você pode perceber, reunimos em um único material diversas fontes (aulas + doutrina + informativos + lei seca + questões) tudo para otimizar o seu tempo e garantir que você faça uma boa prova.

Por fim, como forma de complementar o seu estudo, não esqueça de fazer questões. É muito importante!! As bancas costumam repetir certos temas.

Vamos juntos!! Bons estudos!!

Equipe Cadernos Sistematizados.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. PRETENSÃO PUNITIVA

O Professor Renato Brasileiro, traz o seguinte conceito (extraído da obra de Gustavo Badaró): “*consiste no poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Através da pretensão punitiva, o Estado-Administração procura tornar efetivo o ius puniendi, exigindo do autor do crime, que está obrigado a sujeitar-se à sanção penal, o cumprimento dessa obrigação, que consiste em sofrer as consequências do crime e se concretiza no dever de abster-se de qualquer resistência contra os órgãos estatais a quem cumpre executar a pena. Porém, tal pretensão não poderá ser voluntariamente resolvida sem processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator submeter-se à pena. Assim sendo, tal pretensão já nasce insatisfeita*”.

Pense no art. 121 do Código Penal que comina uma pena de seis a vinte anos para aquele que pratica o crime de homicídio, a sanção determinada pelo legislador visa inibir que a sociedade cometa o delito ali tipificado.

Para isso, há no tipo penal, um preceito secundário que comina pena (06 a 20 anos), o que caracteriza o direito de punir em abstrato. A partir do momento em que o delito é praticado, o direito de punir sai do plano abstrato e entra no plano concreto, surgindo para o Estado o poder-dever de sujeitar o autor do crime ao cumprimento de uma pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa).

2. SISTEMAS PROCESSUAIS

Ao se estudar os sistemas processuais, busca-se analisar:

- A interação existente entre juiz, promotor, defesa.
- O papel do juiz na produção da prova.
- O direito de defesa do acusado.

A doutrina costuma trabalhar, basicamente, com dois sistemas: **inquisitorial** e **acusatório**. Há, ainda, o sistema misto (francês). A seguir, abordar-se-á cada um deles.

2.1. **SISTEMA INQUISITORIAL**

Adotado pelo Direito canônico, a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente



se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis, até o século XVIII.

Em síntese, pode-se afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há contraditório (não existe contraposição entre acusação e defesa), pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos.

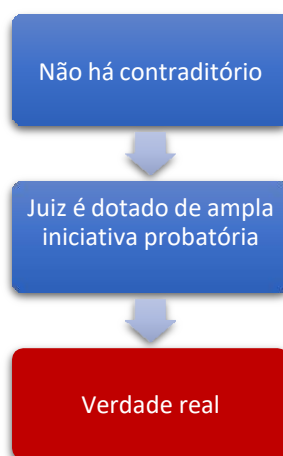
Em relação à gestão da prova (comportamento do juiz em relação à prova), o magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual, independentemente, de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. A gestão das provas estava concentrada nas mãos do juiz que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse.

Por fim, no sistema inquisitorial vigora o princípio da verdade real (totalmente superado). Antigamente, trabalhava-se com a ideia de que o magistrado deveria buscar a verdade dos fatos, podendo, assim, utilizar provas ilícitas, tortura etc. Atualmente, busca-se a verdade processual.

Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8, nº 1).

O CPP é de 1942, possui um viés extremamente inquisitorial, devendo ser lido à luz da Constituição Federal, que adota o sistema acusatório.

Em suma:



2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de posições (presença de contraditório), e a ambas se sobrepondo a um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar (MP), defender (DP ou advogado constituído) e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium penonarum*, indo ao encontro da imparcialidade.



Em relação à gestão da prova, recai precipuamente sobre as partes. Na fase investigatória e na fase processual o juiz só deve intervir quando provocado, e desde que haja necessidade de intervenção judicial. Vigora o Princípio Dispositivo, por isso em NENHUMA fase o juiz pode produzir prova de ofício.

Nesse sentido, o art. 3º-A do CPP (eficácia suspensa), incluído pelo Pacote Anticrime:

*Art. 3º-A. O processo penal terá **estrutura acusatória**, **vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação**. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Segundo Ferrajoli, são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa (paridade de armas), a publicidade e a oralidade do julgamento. Por outro lado, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.

Como exemplo do papel do juiz na produção de prova, tem-se o art. 212 do CPP que trata do método de questionamento das testemunhas, conhecido como exame direto e cruzado. Antes de 2008, cabia ao juiz a formulação de perguntas. Atualmente, as perguntas são feitas diretamente pelas partes, cabendo ao magistrado atuação residual.

CPP Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Além disso, o princípio da verdade real é substituído pelo princípio da busca da verdade (verdade processual), devendo a prova ser produzida com a fiel observância ao contraditório e à ampla defesa.

A CF adotou este sistema, conforme o art. 129, I, que outorga ao MP a titularidade da ação penal pública.

*CF - Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*

Antes da análise do sistema misto ou francês, pertinente sistematizar os dois sistemas vistos acima, observe:



SISTEMA INQUISITORIAL	SISTEMA ACUSATÓRIO
Funções de acusar, defender e julgar estão concentradas nas mãos de uma única pessoa (juiz inquisidor). Ocasionalmente, claro comprometimento da imparcialidade.	Há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. A imparcialidade é preservada.
O acusado é mero objeto do processo.	O acusado é sujeito de direitos.
A gestão da prova está concentrada nas mãos do juiz, que pode produzir provas de ofício em qualquer fase da persecução penal.	O juiz não é dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas devem ser fornecidas pelas partes.

2.3. SISTEMA MISTO OU FRANCES

É chamado de sistema misto porque o processo se desdobra em duas fases distintas:

- Primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, consequentemente, sem contraditório. Visa apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso.
- Segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Todavia, com o advento da CF, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

Obs.: Abordaremos os princípios gerais apenas, eis que os demais princípios serão estudados em tópico específico. Por exemplo, o duplo grau de jurisdição será analisado na parte de recursos.

1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Também chamado de estado de inocência ou de presunção de não culpabilidade, o ideal é utilizar todas as denominações como sinônimas.

1.1. CONCEITO

Segundo o Prof. Renato Brasileiro, o princípio da presunção de inocência: “*consiste no direito de não ser declarado culpado, senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)*”.



1.2. PREVISÃO

O princípio da presunção de inocência encontra-se previsto tanto na CF quanto na CADH.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
Presunção de inocência.	Presunção de não culpabilidade.
Art. 8º (...), §2º: Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se <u>presuma sua inocência</u> , enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa.	Art. 5º (...), LVII – ninguém será considerado <u>culpado até o trânsito em julgado</u> de sentença penal condenatória.

OBSERVAÇÕES:

- CADH possui status normativo supralegal. Ou seja, está abaixo da CF, mas acima da legislação infraconstitucional.
- A decisão do STF em 2016 que permitiu a execução provisória da pena (prisão penal), causou estranheza, tendo em vista que a CF é clara ao prever “ninguém será considerado culpado **até o trânsito em julgado** (...)”, não havendo margens para outra interpretação. Trata-se de critério objetivo.
- Para a CADH, a pessoa é considerada inocente até que se comprove sua culpa. Interpretando-se a Convenção de forma sistemática, que assegura o direito ao duplo grau de jurisdição, a culpa seria comprovada após o exercício deste direito. Foi assim que o STF decidiu no HC 126.292, exercido o direito ao duplo grau de jurisdição, havendo a condenação, a pena poderia ser executada, mesmo na pendência de REsp ou RE. Depois alterou, novamente, seu entendimento.
- Aplica-se o princípio *pro homine*, segundo o qual havendo tratamento diferenciado na legislação internacional e na interna, deve prevalecer o que for mais benéfico. Aqui, será a Constituição.

1.3. DIMENSÕES DE ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A doutrina afirma que o princípio da presunção de inocência possui duas dimensões: uma interna e uma externa.

Vejamos cada uma delas e suas divisões.

1.3.1. Dimensão interna ao processo

Significa a manifestação do princípio da presunção de inocência dentro do processo, devendo ser observada por todos.

Da dimensão interna derivam duas regras, quais sejam:

- a) Regra probatória
- b) Regra de tratamento



Será analisado em tópico próprio.

1.3.2. Dimensão externa ao processo

Em razão da Operação Lava Jato, a dimensão externa ganhou destaque, sendo muito relevante o seu estudo.

De acordo com Renato Brasileiro, por esta dimensão: *“o princípio da presunção de inocência e as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade demandam uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, funcionando como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial”*.

O tratamento como inocente não deve ser restringido ao processo. Externamente, o suposto acusado de uma infração penal não pode ser taxado como criminoso, seja pela imprensa seja pela sociedade.

FIQUE ATENTO!

Caso J. vs. Peru: a Corte Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Peru por violação ao estado de inocência, previsto no art. 8.2 da CADH.

Entenda o caso, explicado pelo Prof. Renato Brasileiro: a Sra. J. foi presa durante o cumprimento de medida de busca e apreensão residencial. Processada criminalmente por terrorismo e associação ao terrorismo, em virtude de suposta vinculação com o grupo armado Sendero Luminoso, foi absolvida em junho de 1993. Logo após ser solta, deixou o território peruano. Em dezembro do mesmo

ano, a Corte Suprema Peruana cassou a sentença absolutória, determinou um novo julgamento e decretou sua prisão. Na sequência, o caso foi levado à CIDH.

Decisão da CIDH: os distintos pronunciamentos públicos das autoridades estatais, sobre a culpabilidade de J. violaram o estado de inocência, princípio determinante que o Estado não condene, nem mesmo informalmente, emitindo juízo perante a sociedade e contribuindo para formar a opinião pública, enquanto não existir decisão judicial condenatória. Para a Corte, a apresentação da imagem da acusada para a imprensa, escrita e televisiva, ocorreu quando ela estava sob absoluto controle do Estado, além de as entrevistas posteriores também terem sido levadas a cabo sob conhecimento e controle do Estado, por meio de seus funcionários. A Corte acentuou não impedir o estado de inocência que as autoridades mantenham a sociedade informada sobre investigações criminais, mas requer que isso seja feito com a discrição e a contextualização necessárias, de tal modo a garantir o estado de inocência. Assim, fazer declarações públicas, sem os devidos cuidados, sobre processos penais, gera na sociedade a crença sobre a culpabilidade do acusado.

O Brasil, por conta da Operação Lava Jato (**analisando o aspecto processual penal**)



APENAS, independentemente de sua ideologia política), na apresentação em PowerPoint, feita pelo MPF, sobre o ex-presidente Lula, claramente feriu o princípio da presunção de inocência em sua dimensão externa, tendo em vista o tratamento como culpado antecipadamente. É muito semelhante ao caso J. *versus* Peru, visto acima.

A questão principal é a forma de tratamento do acusado durante o processo. As informações devem ser divulgadas, mas de maneira imparcial, não tendenciosa.

Salienta-se que o art. 13, I e II da Lei de Abuso de Autoridade caracteriza como crime constranger o preso a exibir-se ou ser exibido.

Lei 13.689/2019 Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:
I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;
II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

Por fim, o art. 3º-F do CPP (eficácia suspensa), com redação dada pelo Pacote Anticrime, prevê que o juiz das garantias deverá assegurar as regras de tratamento do preso, não podendo a imagem da pessoa presa ser divulgada, embora possa divulgar informações.



Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo

padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

1.4. REGRAS FUNDAMENTAIS QUE DERIVAM DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DIMENSÃO INTERNA

1.4.1. Regra probatória

A parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, além de qualquer dúvida razoável – e não este de provar sua inocência. Nada mais é do que uma regra de tratamento dirigida ao juiz.

A presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em Juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.



O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois este não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

O CPP, em seu art. 386, consagra manifestação acerca da regra probatória, vejamos:

Art. 386. O juiz **absolverá o réu**, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

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;**

É o caso, por exemplo, de uma briga na balada. É difícil determinar quem deu início às agressões, da mesma forma a prova testemunhal, nesta hipótese, costuma ser falha. Por isso, o melhor é absolver, aplicando-se a regra probatória.

Em relação à decisão de pronúncia, é comum encontrarmos a afirmação de que a ela se aplica o princípio do *in dubio pro societate*, e não o *in dubio pro reo*. Isso porque, para que o acusado seja pronunciado, a lei fala na necessidade de que o juiz esteja convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (CPP, art. 413, caput).

Nada mais equivocado. A uma porque, referindo-se o art. 413, caput, do CPP, ao convencimento da materialidade do fato, depreende-se que, em relação à materialidade do delito, deve haver prova plena de sua ocorrência, ou seja, deve o juiz ter certeza de que ocorreu um crime doloso contra a vida. A duas porque, quando a lei impõe a presença de indícios suficientes de autoria ou de participação, de modo algum está dizendo que o juiz deve pronunciar o acusado quando tiver dúvida acerca de sua concorrência para a prática delituosa. Na verdade, ao fazer uso da expressão indícios, referiu-se o legislador à prova semiplena, ou seja, àquela prova de valor mais tênue, de menor valor persuasivo. Dessa forma, conquanto não se exija certeza quanto à autoria para a pronúncia, é necessário um conjunto de provas que autorizem um juízo de probabilidade de autoria ou de participação. Havendo dúvidas quanto à existência do crime ou quanto à presença de indícios suficientes, deve o juiz sumariante impronunciar o acusado, aplicando o *in dubio pro reo*.

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

1.4.2. Regra de tratamento

A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder ao processo penal em liberdade, a exceção é estar preso no curso do processo. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias.



O art. 313, §2º do CPP, com redação dada pelo Pacote Anticrime, prevê que não se pode utilizar prisão preventiva para cumprimento antecipado de pena e nem para recebimento de denúncia, corroborando a regra de tratamento.

ART. 313, § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

1.5. LIMITE TEMPORAL

É o tema mais importante dentro do princípio da presunção de inocência, sobretudo pelas alterações de entendimento do STF acerca da possibilidade ou não de execução provisória da pena.

Toda a explicação foi retirada do site Dizer o Direito¹.

1º Período - Até fevereiro de 2009: É possível a execução provisória da pena.

Até fevereiro de 2009, o STF entendia que era possível a execução provisória da pena. Desse modo, se o réu estivesse condenado e interpusse recurso especial ou recurso extraordinário, teria que iniciar o cumprimento provisório da pena enquanto aguardava o julgamento. Os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Assim, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais é possível que o órgão julgador de segundo grau expeça mandado de prisão contra o réu (STF. Plenário. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991).

¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9b89bedda1fc8a2d88c448e361194f02>>

2º Período – De fevereiro de 2009 a fevereiro de 2016: NÃO é possível a execução provisória da pena.

No dia 05/02/2009, o STF, ao julgar o HC 84078 (Rel. Min. Eros Grau), mudou de posição e passou a entender que não era possível a execução provisória da pena.

Obs.: o condenado poderia até aguardar o julgamento do REsp ou do RE preso, mas desde que estivessem previstos os pressupostos necessários para a prisão preventiva (art. 312 do CPP).

Dessa forma, ele poderia ficar preso, mas cautelarmente (preventivamente) e não como execução provisória da pena. Principais argumentos:

- A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
- A execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa restrição do direito de defesa.
- A antecipação da execução penal é incompatível com o texto da Constituição.

Esse entendimento durou até fevereiro de 2016.

3º Período – De fevereiro de 2016 a novembro de 2019: É possível a execução provisória da pena

No dia 17/02/2016, o STF, ao julgar o HC 126292 (Rel. Min. Teori Zavascki), retornou para



a sua primeira posição e voltou a dizer que era possível a execução provisória da pena.

Principais argumentos:

- É possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.
- O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP). Isso significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos. Logo, é possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso.
- Até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.
- É possível o estabelecimento de determinados limites ao princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.
- A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, desde que o acusado tenha sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.
- É necessário equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal. Neste equilíbrio, deve-se atender não apenas os interesses dos acusados, como também da sociedade, diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro.
- “Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

4º Período – entendimento atual: NÃO é possível a execução provisória da pena

No dia 07/11/2019, o STF, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54 (Rel. Min. Marco Aurélio), retornou para a sua segunda posição e afirmou que o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos. Assim, é proibida a execução provisória da pena.

Vale ressaltar que é possível que o réu seja preso antes do trânsito em julgado (antes do esgotamento de todos os recursos), no entanto, para isso, é necessário que seja proferida uma decisão judicial individualmente fundamentada, na qual o magistrado demonstre que estão presentes os requisitos para a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP. Dessa forma, o réu até pode ficar preso antes do trânsito em julgado, mas cautelarmente (preventivamente), e não como execução provisória da pena.

Principais argumentos:

- O art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, previa que “ninguém poderia ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”. Esse artigo era plenamente compatível com a Constituição em



vigor.

- O inciso LVII do art. 5º da CF/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação.
- É infundada a interpretação de que a defesa do princípio da presunção de inocência pode obstruir as atividades investigatórias e persecutórias do Estado. A repressão a crimes não pode desrespeitar e transgredir a ordem jurídica e os direitos e garantias fundamentais dos investigados.
- A Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos nem o Poder Judiciário embasar suas decisões no clamor público.

Importante consignar que o Pacote Anticrime alterou a redação do art. 283 do CPP, mas o conteúdo é basicamente o mesmo, passando a prever que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

É importante destacar que os tribunais deverão ficar atentos ao exercício abusivo do direito de recorrer, que visa, na realidade, postergar o trânsito em julgado e afastar a execução da pena. Como forma de coibir tal comportamento, o Pacote Anticrime incluiu o III ao art. 116 do CP que prevê que a prescrição não corre enquanto estiverem pendentes os embargos de declaração ou os recursos aos Tribunais Superiores, quando estes forem inadmissíveis.

*CP - Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:
(...)
III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e*

Por fim, a vedação da execução provisória da pena não impede a concessão antecipada dos benefícios prisionais ao preso cautelar.

Súmula 716, STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717, STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

1.6. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

A 1ª Turma do STF já vinha decidindo no sentido de que a condenação pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão autorizava a execução provisória da pena.

O Pacote Anticrime positivou o entendimento da 1ª Turma no art. 492, I, e do CPP, o que, segundo a doutrina, é um dispositivo de constitucionalidade questionada, uma vez que se admite a execução provisória de uma decisão de um juiz de primeiro grau.



Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

2. PRINCÍPIO DO “NEMO TENETUR SE DETEGERE”

2.1. CONCEITO

De acordo com este princípio, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Veda-se a autoincriminação.

2.2. PREVISÃO LEGAL

Está previsto na CADH (art. 8º, 2., g), na CF (art. 5º, LXIII).



Artigo 8º - Garantias judiciais

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

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

Art. 5º, 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;

2.3. TITULAR DO DIREITO

A CF faz referência ao preso, mas como se trata de um direito fundamental, a interpretação deve ser feita de maneira extensiva. Desta forma, o titular é o indivíduo suspeito, investigado, indiciado pela autoridade policial bem como o acusado pelo MP, pouco importa se está preso ou solto.

QP – TJM/SP - o direito ao silêncio, que está previsto na CF, em conformidade com a interpretação sedimentada, só se aplica ao acusado preso. **ERRADO! Aplica-se, igualmente, ao acusado solto.**

Em relação à testemunha, poderá ser titular do referido princípio, desde que, diante do caso concreto, o seu depoimento seja apto a produzir prova contra si mesmo. Nesse sentido, informativo 754 do STF (Dizer o Direito).



Importante!!!

Se o indivíduo é convocado para depor como testemunha em uma investigação e, durante o seu depoimento, acaba confessando um crime, essa confissão não é válida se a autoridade que presidia o ato não o advertiu previamente de que ele não era obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de permanecer calado.

STF. 2ª Turma. RHC 122279/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/8/2014 (Info 754).

Contudo, na posição de pessoa que conhece fato sobre terceiro, a testemunha não poderá invocar o referido princípio.

2.4. ADVERTÊNCIA QUANTO AO DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO

Nos termos do art. 5º, LXIII da CF, o cidadão deve ser, obrigatoriamente, informado do seu direito ao silêncio, sob pena de nulidade.

Atenção! Há doutrina minoritária que entende não existir tal dever, eis que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei.

De acordo com Renato Brasileiro, o dever de advertência assemelha-se ao Aviso de Miranda, previsto no direito norte-americano, segundo o qual: “os *Miranda rights* ou *Miranda warnings* têm origem no famoso julgamento *Miranda V. Arizona*, verificado em 1966, em que a Suprema Corte americana, por cinco votos contra quatro, firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado.”

Há na jurisprudência diversas manifestações acerca do dever de advertência. Como exemplo, os casos em que policiais gravaram conversa informal com o preso, sem que lhe fosse avisado acerca do seu direito ao silêncio. Vejamos:

STF: “(...) Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub- reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (CPP, art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. O privilégio contra a autoincriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 CPP. - Importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. (...)”. (STF, 1ª Turma, HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/12/2001).

Com isso, percebe-se que a não observância de tal dever PODE acarretar a ilicitude das provas.



Em relação à imprensa, podemos citar duas correntes:

1ªC: há doutrinadores que afirmam que este dever de advertência vale para todos, inclusive para os particulares, seria a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Portanto, a imprensa teria a obrigação de advertir o agente acerca do seu direito de permanecer calado.

2ªC: STF, no entanto, não adota tal posicionamento. Assim, o dever de advertência vale apenas para o Estado. Nesse sentido, HC 99.558/ES:

STF: "(...) Alegação de ilicitude da prova, consistente em entrevista concedida pelo paciente ao jornal "A Tribuna", na qual narra o modus operandi de dois homicídios perpetrados no Estado do Espírito Santo, na medida em que não teria sido advertido do direito de permanecer calado. Entrevista concedida de forma espontânea. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada". (STF, 2ª Turma, HC 99.558/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/12/2010).

2.5. DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO

2.5.1. Direito ao silêncio ou direito de ficar calado

Corresponde ao direito de não responder às perguntas formuladas pela autoridade, funcionando como espécie de manifestação passiva da defesa. O exercício do direito ao silêncio não é sinônimo de confissão ficta ou de falta de defesa; cuida-se de direito do acusado (CF, art. 5º, LXIII), no exercício da autodefesa, podendo ser usado como estratégia defensiva.

Desta forma, do exercício do direito ao silêncio não pode resultar prejuízos ao imputado.

ATENÇÃO! O art. 198 do CPP afirma que o silêncio não importa confissão, mas pode ser utilizado como forma de convicção do juiz. Claramente, esta parte não foi recepcionada pela CF.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

2.5.2. Direito ao silêncio no tribunal do júri e sua utilização como argumento de autoridade

O direito ao silêncio é válido em qualquer juízo e em qualquer procedimento. Portanto, pode ser exercido no tribunal do júri. Contudo, na prática, ao exercer o direito ao silêncio o réu acaba gerando uma presunção de culpa para os jurados.

Com a reforma de 2008, a presença do acusado não é mais necessária, pouco importando se o crime é afiançável ou não. Circunstância que está relacionada ao referido princípio, pois é melhor o réu não comparecer, segundo Renato Brasileiro, do que permanecer em silêncio.

Por fim, optando por permanecer em silêncio, não pode tal direito ser usado como argumento de autoridade, nos termos do art. 478 do CPP.

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.



2.5.3. Direito de mentir ou inexigibilidade de dizer a verdade

Alguns doutrinadores (Luís Flávio Gomes - LFG) entendem que o acusado possui o direito de mentir, por não existir o crime de perjúrio no ordenamento pátrio.

Segundo Renato Brasileiro, a mentira é um comportamento antiético, seria contraditório afirmar que um direito, garantindo constitucionalmente, permitisse um comportamento imoral. Portanto, o ideal é afirmar que não se pode exigir a verdade.

STF: “(...) O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”. (STF, 1ª Turma, HC 68.929/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/08/1992).

Obs.: Mentiras agressivas – ocorre quando se incrimina terceiros inocentes. Aqui, haverá responsabilização (calúnia, denúncia caluniosa).

2.5.4. Direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo

Por força do direito de não produzir prova contra si mesmo, doutrina e jurisprudência têm adotado o entendimento de que não se pode exigir um comportamento ativo do acusado.

Por comportamento ativo, entende-se um “fazer” por parte do acusado, a exemplo do fornecimento do padrão vocal para realização de exame de espectrograma; fornecimento de material escrito para exame grafotécnico; exame de bafômetro.

Nesse sentido, HC 83.096/RJ:

STF: “(...) O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia”. (STF, 2ª Turma, HC 83.096/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 12/12/2003 p. 89).

Atualmente, há teste de bafômetro ativo (não é obrigado a realizar, pois pode acarretar autoincriminação) e teste de bafômetro passivo, em que é colocado um objeto próximo ao agente, capaz de captar, por meio da respiração, o teor alcoólico. Este último, por não demandar qualquer comportamento do agente, pode ser realizado, mesmo contra sua vontade.

Tratando-se de comportamentos passivos, em que o agente se sujeita a prova, não há proteção do referido princípio, a exemplo do reconhecimento de pessoas e coisas.

2.5.5. Direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva

Prova invasiva, protegida pelo princípio estudado, implica na penetração do organismo humano e na extração de uma parte dele. Como exemplo, podemos citar: coleta de sangue, soprar bafômetro.



Prova não invasiva, sem proteção do referido princípio, é aquela em que não há penetração no organismo humano. Admite-se a coleta, mas não deve ser retirada do corpo. Por exemplo, o fio de cabelo coletado de um pente, vale para a coleta de lixo descartado, de placenta descartada (Glória Trevi).

STF: “(...) Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. (...) Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. (...) Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. (...) Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante”. (STF, Tribunal Pleno, Rcl-QO 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 27/06/2003 p. 31).

Ressalta-se que o raio-x, segundo o STJ (HC 149.146/SP), é considerado prova não invasiva. Logo, poderá ser realizado mesmo contra a vontade do indivíduo.

STJ: “(...) A Constituição Federal, na esteira da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica, consagrou, em seu art. 5º, inciso LXIII, o princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si. Não há, nos autos, qualquer comprovação de que tenha havido abuso por parte dos policiais na obtenção da prova que ora se impugna. Ao contrário, verifica-se que os pacientes assumiram a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional da cocaína apreendida para a Angola, o que denota cooperação com a atividade policial, refutando qualquer alegação de coação na colheita da prova. Ademais, é sabido que a ingestão de cápsulas de cocaína causa risco de morte, motivo pelo qual a constatação do transporte da droga no organismo humano, com o posterior procedimento apto a expeli-la, traduz em verdadeira intervenção estatal em favor da integridade física e, mais ainda, da vida, bens jurídicos estes largamente tutelados pelo ordenamento. Mesmo não fossem realizadas as radiografias abdominais, o próprio organismo, se o pior não ocorresse, expeliria naturalmente as cápsulas ingeridas, de forma a permitir a comprovação da ocorrência do crime de tráfico de entorpecentes. (...) Ordem denegada”. (STJ, 6ª Turma, HC 149.146/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 05/04/2011).

2.6. NEMO TENETUR SE DETEGERE E A PRÁTICA DE OUTROS ILÍCITOS

Inicialmente, vejamos o caso Nardoni em que houve a condenação por homicídio qualificado e por fraude processual, tendo em vista a adulteração da cena do crime. Havia corrente sustentando que a condenação por fraude processual violaria o princípio do *nemo tenetur*, eis que a adulteração foi feita para ocultar o crime de homicídio, portanto, estariam destruindo as provas que havia contra



si. Contudo, tal entendimento é totalmente equivocado, eis que o direito de não produzir prova contra si mesmo não autoriza que o agente cometa outros crimes para encobrir o primeiro.

Provavelmente, este item será cobrado relacionado à falsa identidade. Por exemplo, o agente é procurado por homicídio e, ao ser parado em uma blitz, por saber que é procurado, apresenta identidade falsa. Tal conduta não é abrangida pelo *nemo tenetur*, sendo perfeitamente típica, pois não abrange a qualificação do indivíduo.

Nesse sentido, a Súmula 522 do STJ:

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

Salienta-se que a criminalização da conduta de se afastar do local do acidente, prevista no art. 305 do CTB, não viola o *nemo tenetur*. Portanto, o referido artigo é perfeitamente constitucional, conforme entendimento do STF fixado no RE 971.979.

CTB, art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

STF: “(...) “A regra que prevê o crime do art. 305 do CTB é constitucional posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e as hipóteses de exclusão de tipicidade e de antijuridicidade”. À semelhança do que já fora decidido pelo Supremo no julgamento do RE 640.139, quando se afirmou que o princípio constitucional da autoincriminação não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de ocultar maus antecedentes, prevaleceu o entendimento de que não há direitos absolutos e que, no sistema de ponderação de valores, há de ser admitida certa mitigação, até mesmo do princípio da não autoincriminação. Na visão da Corte, a exigência de permanência no local do acidente e de identificação perante a autoridade de trânsito não obriga o condutor a assumir expressamente sua responsabilidade civil ou penal e tampouco enseja que seja aplicada contra ele qualquer penalidade caso assim não o proceda. Na verdade, a depender do caso concreto, a sua permanência no local pode até constituir um meio de autodefesa, na medida em que terá a oportunidade de esclarecer, de imediato, eventuais circunstâncias do acidente que lhe sejam favoráveis”. (STF, Pleno, RE 971.959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14/11/2018).

2.7. DEVER LEGAL DE INTERRUÇÃO IMEDIATA DO INTERROGATÓRIO QUANDO O IMPUTADO OPTAR PELO EXERCÍCIO DO DIREITO AO SILÊNCIO

Nos casos em que o imputado fazia uso do seu direito ao silêncio, era comum que as perguntas continuassem sendo feitas, prática extremamente criticada pela doutrina.

Com o advento da 13.869/2019, passou a ser crime de abuso de autoridade o prosseguimento de interrogatório, policial ou judicial, de imputado que decidiu exercer o seu direito ao direito.

*Lei 13.869/2019 Art. 15. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:
I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou*



3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Traduzido no binômio ciência-participação e respaldado constitucionalmente pelo art. 5º, LV da CF/88, impõe que às partes (acusação e defesa) devem ser dadas a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução pessoal. O contraditório abrange o direito de produzir prova, o direito de alegar, de se manifestar, de ser cientificado, dentre outros.

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

A doutrina se vale da expressão em “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa).

3.1. ELEMENTOS

De acordo com a **concepção original**, o princípio do contraditório é formado por dois elementos, quais sejam: direito à informação (atos de comunicação – intimação, citação e notificação) e direito à participação (possibilidade de contrariar).

Obs.: Não basta a possibilidade de reação. A reação deve ser efetiva/real. É a ideia de paridade de armas (isonomia material).

A Súmula 707 do STF ressalta a importância do direito à comunicação, tendo em vista que havendo rejeição da denúncia, com o recurso do MP, o acusado possui interesse que a decisão seja mantida, por isso deve ser intimado para constituir advogado ou procurar a Defensoria, a fim de que apresente contrarrazões.

Súmula 707 - 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.

3.2. CONTRADITÓRIO EFETIVO E EQUILIBRADO

Numa posição mais moderna e avançada, deve-se deixar de lado a ideia de contraditório como possibilidade de reação. No processo penal não é suficiente assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal, deve-se consagrar efetivamente o contraditório, de forma equilibrada, garantindo-se a paridade de armas. Nesse sentido, o CPP assegura o contraditório em sua acepção material (ver artigos 261 e 497, V).

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

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

Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código

V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor



À luz deste entendimento, fala-se em uma mudança do contraditório na visão objetiva (refere-se ao acusado, garantindo que tenha defesa – art. 261) e subjetiva (refere-se ao juiz, que deve zelar para que tenha efetivamente defesa – art. 497, V).

É entendimento majoritário de que não é exigível o direito ao contraditório no inquérito policial, já que se trata de procedimento administrativo de caráter informativo.

Impõe-se, pois, a observância do contraditório ao longo de toda a *persecutio criminis in indício*, como verdadeira pedra fundamental do processo penal, contribuindo para o acerto do fato delituoso. Afinal, quanto maior a participação dialética das partes, maior é a probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, contribuindo de maneira mais eficaz para a formação do convencimento do magistrado.

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

3.3. CONTRADITÓRIO PARA A PROVA (REAL) E CONTRADITÓRIO SOBRE A PROVA (DIFERIDO)

O contraditório para a prova (ou contraditório real) demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. É o que acontece com a prova testemunhal colhida em Juízo, em que não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes quando da sua produção, sendo obrigatória, pois, a observância do contraditório para a realização da prova.

Obs.: O contraditório real também pode ser observado na fase investigatória, a exemplo da produção de provas antecipadas.

O contraditório sobre a prova, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Em outras palavras, a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providência cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito. Ex.: interceptação telefônica.

4. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Deve ser assegurada a ampla possibilidade de defesa, lançando-se mão dos meios e recursos disponíveis a ela inerentes (art. 5º, LV da CF/88).

É desdobramento básico do princípio do devido processo legal.

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

Divide-se em defesa técnica e em autodefesa.

4.1. DEFESA TÉCNICA

4.1.1. Conceito



Também chamada de defesa processual ou específica.

Efetuada por profissional da advocacia (defensor constituído ou defensor nomeado ou defensor público), regularmente inscrito nos quadros da OAB. Assim, estagiário, advogado suspenso ou excluído da OAB não pode realizar a defesa técnica.

É obrigatória, nos termos do art. 261 do CPP.

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

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

A falta de defesa técnica ou quando feita por profissional irregular gera nulidade absoluta. Nesse sentido:

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

4.1.2. Caráter irrenunciável

A defesa técnica é indisponível e irrenunciável. Logo, mesmo que o acusado, desprovido de capacidade postulatória, queira ser processado sem defesa técnica, e ainda que seja revel, deve o juiz providenciar a nomeação de defensor.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

4.1.3. Direito de escolha

Destaca-se que o direito de escolha do defensor é um direito do próprio acusado. Há casos em que o advogado constituído abandona o processo, não pode o juiz enviar os autos à Defensoria Pública sem que dê ciência ao acusado para que escolha outro advogado de sua confiança. Apenas em caso de inércia, após a devida intimação pessoal, é que o juiz poderá remeter os autos à Defensoria Pública para que exerça a defesa técnica.

Nesse sentido, a súmula 707 do STF afirma que a nomeação de defensor dativo não supre a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões. Assim, o juiz não pode sobrepor-se à vontade de escolha do denunciado, seu direito efetivo.

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

O referido acima é entendimento pacífico do STJ, vejamos:

STJ: "(...) A escolha de defensor, de fato, é um direito inafastável do réu, porquanto deve haver uma relação de confiança entre ele e o seu patrono. Assim, é de rigor que uma vez verificada a ausência de defesa técnica a amparar o acusado, por qualquer motivo que se tenha dado, deve-se conceder prazo para que o réu indique outro profissional de sua confiança, ainda que revel, para só então, caso permaneça inerte,



nomear-lhe-á defensor dativo. Habeas Corpus concedido, nos termos do parecer ministerial, para anular o feito a partir da decisão que nomeou o defensor dativo, a fim de que seja oportunizado ao réu a indicação de advogado de sua confiança, mantido paciente na situação processual em que se encontra”. (STJ, 5ª Turma, HC 162.785/AC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13/04/2010, DJe 03/05/2010). Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 132.108/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16/12/2010, DJe 07/02/2011.

4.1.4. (Im) possibilidade de o acusado exercer sua defesa técnica

O acusado, desde que seja profissional da advocacia habilitado, poderá realizar sua própria defesa técnica, embora não recomendável.

Ressalta-se que se o acusado for promotor, juiz, não poderá fazer sua defesa técnica, pois é impedido de exercer advocacia. Nesse sentido, o HC 76.671/RJ, *in verbis*:

STF: “(...) nas ações penais originárias (aquelas que tramitam perante os tribunais), a defesa preliminar (L. 8.038/90, art. 4º), é atividade privativa dos advogados. Os membros do Ministério Público estão impedidos de exercer advocacia, mesmo em causa própria. São atividades incompatíveis (L. 8.906/94, art. 28). Nulidade decretada”. (STF, 2ª Turma, HC 76.671/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 09/06/1998, DJ 10/08/2000).

4.1.5. Defesa técnica de dois ou mais acusados e único defensor

É possível a defesa pelo mesmo advogado, desde que não ocorra colidência de teses pessoais.

Cabe ao juiz e ao MP a fiscalização, a fim de que não haja prejuízo para a defesa de um ou mais acusados. Nesse sentido, HC 86.392/PA:

STJ: “(...) Hipótese em que o paciente e seu filho foram acusados de tráfico de drogas, sendo que o filho imputava a responsabilidade penal a seu pai e ambos foram patrocinados pelo mesmo advogado. O defensor apresentou alegações finais defendendo apenas o filho e acusando o pai. Havendo teses defensivas conflitantes, fica clara a impossibilidade de que pai e filho fossem patrocinados pelo mesmo advogado. É evidente, assim, o conflito de interesses e a colidência de defesa, que provocou prejuízo ao paciente, haja vista a condenação à reprimenda de 12 (doze) anos de reclusão. Ordem concedida para anular o feito, apenas com relação ao paciente, a partir das alegações preliminares, inclusive”. (STJ, 6ª Turma, HC 86.392/PA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25/05/2010, DJe 21/06/2010).

4.1.6. Procedimentos aplicáveis

Essa defesa técnica deve ser assegurada inclusive durante a execução penal. Nesse sentido, basta atentar para as importantes modificações introduzidas pela Lei 12.313/10 na Lei de Execução Penal, que passou a prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública.

A presença de advogado é imprescindível no processo criminal, mesmo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Da análise da Lei 9.099/95 é fácil perceber que a presença de defensor é obrigatória em todos os momentos, seja na audiência preliminar (art. 72), na análise da



proposta da transação penal (art. 76, §3º), no curso do procedimento comum sumaríssimo (art. 81), seja no momento da proposta de suspensão condicional do processo (art. 89, §1º).

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

Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, se diz que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa fora do inquérito policial. Dentro do inquérito basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP. Contudo, é errado dizer que não existe direito de defesa no inquérito. Existir, existe, desde 1941, ainda que não tenha a eficácia que a Constituição exija.

Cumpramos ressaltar que a ampla defesa não se confunde com a plenitude de defesa, estabelecida como garantia própria do tribunal do júri. O exercício da ampla defesa está restrito aos argumentos jurídicos, enquanto a plenitude de defesa autoriza a utilização não só de argumentos técnicos, mas também de natureza sentimental, social e até mesmo de política criminal.

4.1.7. Tempo hábil para realizar a defesa

Para que essa defesa seja ampla e efetiva, deve-se deferir ao acusado e a seu defensor tempo hábil para sua preparação e exercício. Entre as várias garantias que o devido processo legal assegura está o direito de dispor de tempo e facilidades necessárias para preparar a defesa. Há de se assegurar ao acusado e a seu defensor o tempo e os meios adequados para a preparação da defesa. Apesar de não haver dispositivo expresso no CPP acerca do assunto, cuida-se de previsão comum nas declarações internacionais de direitos humanos.

De fato, de acordo com o art. 82, alínea “c”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92), ao acusado se assegura a concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa. No mesmo sentido, art. 14, 3, “b”, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos.

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

Inf.: 500 STJ - Na sessão plenária do Tribunal do Júri, o advogado do réu fez a sua defesa em apenas 4 minutos. Submetido à votação dos jurados, o réu foi condenado. O STJ entendeu que houve flagrante ilegalidade, considerando que a atuação do defensor não caracterizou apenas insuficiência, mas sim ausência de defesa. É certo que a lei processual penal não estipula um tempo mínimo que deve ser utilizado pela defesa quando do julgamento do júri. Contudo, não se consegue ver razoabilidade no prazo utilizado no caso concreto, por mais sintética que tenha sido a linha de raciocínio utilizada. Após a sustentação proferida pelo advogado em prazo



tão curto, o juiz que presidia o Tribunal do Júri deveria ter declarado o réu indefeso, dissolvendo o conselho de sentença e preservando, assim, o princípio do devido processo legal.

4.2. AUTODEFESA

Também chamada de defesa material ou genérica.

Realizada pelo próprio imputado e dependente da sua conveniência.

Autodefesa é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos cruciais do processo. Diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz, é renunciável, já que não há como se compelir o acusado a exercer seu direito ao interrogatório nem tampouco a acompanhar os atos da instrução processual.

A autodefesa se manifesta no processo penal de várias formas: direito de audiência, direito de presença e capacidade postulatória autônoma.

4.2.1. Direito de audiência

Direito que o acusado tem de apresentar-se ao juiz da causa, pessoalmente. Materializa-se através do interrogatório judicial.

Atualmente, na visão da maioria da doutrina e dos tribunais, o interrogatório é tido como meio de defesa, deixando de ser meio de prova.

*STF: “(...) **O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU.** Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial, notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003, qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa (...)” (STF, 2ª Turma, HC 94.016/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/2008, Dje 38 26/02/2009).*

4.2.2. Direito de presença

Assegura-se ao acusado a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa.

Destaca-se que a prisão não exclui o direito de presença, deverá haver o deslocamento do acusado preso ou, ainda, poderá ser realizada videoconferência. A inobservância é causa de nulidade relativa, devendo ser arguida na própria audiência, sob pena de preclusão, bem como se deve demonstrar a prova do efetivo prejuízo.

Os Tribunais Superiores admitem que o direito de presença do acusado pode acontecer de forma remota, por meio de videoconferência.

O direito de presença possui natureza relativa, por isso, em determinadas situações, é possível que o réu seja retirado da sala, seu advogado permanecerá.

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

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.



A Nova Lei de Abuso de Autoridade, em seu art. 20, parágrafo único, passou a criminalizar a conduta de privar que o indivíduo se sente ao lado de seu defensor e de com ele comunicar-se durante a audiência.

LAA – Art. 20, Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência.

4.2.3. Direito a postular pessoalmente

Entende-se que, em alguns momentos específicos do processo penal, confere-se ao acusado capacidade postulatória autônoma, independentemente da presença de seu advogado, para realizar determinados atos processuais, tais como:

- a) Interpor recursos contra decisões proferidas por juízes de primeiro grau;
- b) Provocar incidentes na execução penal;
- c) Revisão criminal;
- d) HC.

4.3. AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A despeito do teor da Súmula Vinculante nº 5, tal verbete é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível e não em procedimento administrativo disciplinar promovido para averiguar o cometimento de falta grave no curso da execução penal, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir.

Logo, na hipótese de o Juízo das Execuções decretar a regressão de regime de cumprimento de pena sem que o condenado seja assistido por defensor durante procedimento administrativo disciplinar instaurado para apurar falta grave, há de se reconhecer a nulidade do feito, haja vista a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Súmula vinculante nº 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”

Existe ampla defesa no processo administrativo disciplinar, primeiro com o direito à informação; direito de reação; direito à apreciação de suas razões por um órgão imparcial.

4.4. AMPLA DEFESA E EXECUÇÃO PENAL

A ampla defesa deve ser assegurada no processo de execução penal, conforme entendimento sumulado do STJ.

Súmula 533 do STJ: “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”.



No caso de transferência de presos para presídios federais, regulamentada pela Lei 11.671/2008, pelo menos, em regra, será necessário observar a ampla defesa. Contudo, em situações excepcionais, devidamente fundamentadas pelo magistrado, o contraditório poderá ser diferido.

Súmula 639 - Não fere o contraditório e o devido processo decisório que, sem ouvida prévia da defesa, determine transferência ou permanência de custodiado em estabelecimento penitenciário federal.

5. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Sugestão: obra de Gustavo Badaró (aprofundamento).

5.1. CONCEITO

É o direito que o acusado possui de conhecer antecipadamente o juiz que irá julgar eventual crime praticado. Está ligado à imparcialidade.

Impede a criação casuística de tribunais após-fato, para apreciar determinado caso. Ou seja, o magistrado encarregado de colher a prova deve ser o mesmo que julgará, uma vez que teve contato direto com as partes e testemunhas.

5.2. PREVISÃO LEGAL

Pode ser extraído do art. 5º, XXXVII e LIII, ambos da CF.

Art. 5º, XXXVII, da CF: não haverá juízo ou tribunal de exceção;

Art. 5º, LIII, da CF: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

5.3. TRIBUNAL DE EXCEÇÃO

Tribunal ou juízo de exceção é o oposto de juiz natural, tendo em vista que é criado após a prática do crime, claramente incompatível com a nossa CF.

São características:

- a) Criação *ex post factum* (após a prática do fato delituoso), fora das estruturas normais do Poder Judiciário, com poderes específicos para julgar um caso já ocorrido;
- b) Atribuição de sua competência com base em fatores específicos e, normalmente, segundo critérios discriminatórios (raça, religião, ideologia etc.);
- c) Duração limitada no tempo;
- d) Procedimento célere e, normalmente, não sujeito a recurso;
- e) Escolha dos integrantes sem observância dos critérios gerais para investidura dos magistrados e sem assegurar-lhes a necessária independência.

Também é tribunal de exceção aquele criado *ad personam*, isto é, com vistas ao julgamento específico de uma determinada pessoa ou grupo de pessoas, mesmo que para fatos futuros.

No plano internacional, há diversos exemplos de tribunais de exceção, não por outro motivo é que se criou o Tribunal Penal Internacional.



Ressalta-se que as Justiças Especiais não são consideradas tribunais de exceção, pois gozam de previsão constitucional, com competência delimitada antes da prática do fato delituoso. Nas palavras do Prof. Renato Brasileiro: *“não podem ser consideradas ‘Tribunais de Exceção’. Isso porque os Tribunais ou Juízos Especiais são criados antes da prática dos fatos que irão julgar, e têm competência determinada por regras gerais e abstratas, com base em critérios objetivos, e não para um caso particular ou individualmente considerado, escolhido segundo critérios discriminatórios.”*

Por fim, a prerrogativa de função, prevista constitucionalmente, não é considerada tribunal de exceção. De acordo com o Prof. Renato Brasileiro: *“Não se trata de um privilégio pessoal, mas de uma decorrência ou prerrogativa inerente ao exercício de determinado cargo ou função. De um lado, o foro por prerrogativa de função protege os detentores dos cargos de persecuções indevidas, muitas vezes por motivações políticas. Por outro lado, também protegem os julgadores de eventuais pressões que, mais facilmente, poderiam ser exercidas sobre órgãos jurisdicionais de primeiro grau. Trata-se, pois, a um só tempo, de garantia para o acusado e de garantia para a Justiça”.*

5.4. REGRAS DE PROTEÇÃO QUE DERIVAM DO JUIZ NATURAL

Deste princípio derivam, pelo menos, três regras fundamentais, quais sejam:

- Só podem exercer jurisdição órgãos instituídos pela CF;
- Ninguém pode ser julgado por órgão ou juízo criado após o fato delituoso;
- Entre os Juízos pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. A distribuição é feita por critérios objetivos.

Obs.: a competência deve ser definida de maneira objetiva.

5.5. DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO

Encontra-se prevista no art. 157, §5º do CPP, incluído pelo Pacote Anticrime. Vejamos:

Art. 157, § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) *Eficácia Suspensa*

Por mais que o juiz determine o desentranhamento e a inutilização da prova ilícita, o mero contato possui o condão de prejudicar o julgamento, já que terá exercido, voluntariamente ou não, influência na decisão.

De acordo com Renato Brasileiro, o dispositivo deve ser utilizado com cautela, principalmente, em relação à boa-fé das partes, a fim de que não ocorra a mudança do juiz natural, já que as partes poderiam juntar uma prova ilícita para excluir o juiz. Justamente, por isso, que o dispositivo se encontra com a eficácia suspensa.

5.6. LEI MODIFICADORA DA COMPETÊNCIA E SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO

Há casos em que há alteração de competência por superveniência de determinada lei.

Os processos em andamento, de acordo com a doutrina, não podem ser deslocados, sob pena de violação do princípio do juiz natural, que deve ser analisado quando o crime é praticado.



De acordo com Gustavo Badaró, “a *garantia do juiz natural* deve ser considerada como ‘*norma substância*’, que confere um caráter reforçado do princípio da legalidade e prescreve para o legislador o dever de regular a competência do juiz, sem poder fazer retroagir a disciplina da nova lei a fatos ocorridos antes do início de vigência da lei que modifique a distribuição de competência. Há, pois, do lado do legislador, uma obrigação de estabelecer a competência do juiz *pro futuro*”. Portanto, para as normas sobre competência, a regra de direito intertemporal não seriam *tempus regit actum*, mas sim *tempus criminis regit iudicem*. Enfim, juiz natural é o juiz competente segundo as regras vigentes no *dies comissi delicti*.

Contudo, os Tribunais Superiores discordam da doutrina, entendendo que lei que altera competência deve ser aplicada imediatamente, salvo se já houver sentença de mérito.

Vejamos os exemplos.

EXEMPLO1: Crimes dolosos contra a vida praticados por militares, ainda que em serviço, contra civis.

Obs.: Na parte de competência analisaremos a Lei 13.491/17 que mudou o entendimento do exemplo.

LEI 9.299/96	
ANTES	DEPOIS
Competência era da Justiça Militar. - 1ª Instância – Juiz Militar - 2º Instância – TJM (SP, RS e MG apenas). Nos demais Estados, os próprios TJ's exercem a segunda instância.	Competência da Justiça Comum. - 1ª Instância – Júri - 2ª Instância – Tribunal de Justiça

Desta forma, todos os processos que estivessem em primeira instância deviam ser remetidos ao Júri, salvo se já houver sentença de mérito, caso em que o processo deve permanecer na justiça de origem.

EXEMPLO2: Tráfico internacional de drogas cometido em comarca em que não há vara federal.

Pelo art. 27, da revogada Lei 6.368/76, determinava-se que a competência era da justiça estadual comum, quando no local não houvesse vara da JF. Contudo, a nova lei de drogas determina que a competência será da JF, mesmo que não haja vara federal na cidade, os autos devem ser remetidos para a comarca mais próxima.

Os processos em andamento foram remetidos à JF.

Salienta-se que a delegação de competência ocorria com base na redação original do art. 109, §3º da CF. Contudo, em 2019, a EC 103/2019 alterou a redação do referido dispositivo, acabando com a delegação de competência federal no âmbito criminal.

Art. 109, § 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)



5.7. CONVOCAÇÃO DE JUÍZES DE 1º GRAU PARA SUBSTITUIR DESEMBARGADORES

5.7.1. Previsão legal

Há previsão nos regimentos internos, tanto dos Tribunais Superiores quanto dos Tribunais de Justiça do Estado. Ademais, a LC 35/79, Lei Orgânica da Magistratura, prevê esta possibilidade, bem como a Lei 9.788/99 que organiza a Justiça Federal.

5.7.2. Critérios de convocação

Inicialmente, os Tribunais usaram critério discricionário para a convocação, violando a terceira regra do juiz natural. Atualmente, nos termos da Lei Orgânica da Magistratura, a escolha deve ser feita por maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Nesse sentido, os seguintes julgados do STF e STJ:

STF: “(...) Os Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça podem dispor a respeito da convocação de juízes para substituição de desembargadores, em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a trinta dias, observado o disposto no art. 118 da LOMAN, Lei Complementar 35/79, redação da Lei Complementar 54/86. Norma regimental que estabelece que o substituído indicará o substituto: inconstitucionalidade. ADI julgada procedente, em parte”. (STF, Pleno, ADI 1.481/ES, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04/06/2004).

STJ: “(...) não ofende o princípio do juiz natural à convocação de juízes de primeiro grau para, nos casos de afastamento eventual do desembargador titular, compor o órgão julgador do respectivo Tribunal, desde que observadas as diretrizes legais federais ou estaduais, conforme o caso. Precedentes do STF e do STJ. Na hipótese em tela, o Tribunal de Justiça paulista procedeu a convocações de juízes de primeiro grau para formação de Câmaras Julgadoras, valendo-se de um sistema de voluntariado, sem a observância da regra legal instituída (Lei Complementar n.º 646/90 do Estado de São Paulo), qual seja, a de realização de concurso de remoção, tornando nula a atuação do magistrado de primeiro grau convocado nessas circunstâncias. Ordem concedida para anular o julgamento do recurso de apelação, determinando a sua renovação por Turma Julgadora, com a observância da lei de regência. (STJ, 5ª Turma, HC 111.919/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/11/2008, Dje 02/02/2009).

5.7.3. Julgamento por turma ou câmara composta por maioria de desembargadores convocados

O STJ, inicialmente, firmou entendimento que não seria possível. Posteriormente, reviu seu posicionamento, afirmando que o juiz convocado possui as mesmas competências de um desembargador.

Em relação às ações ordinárias, deve-se observar um número mínimo de desembargadores.

5.8. ESPECIALIZAÇÃO PARA JULGAMENTO DE CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Atualmente, é comum a especialização de varas, a exemplo do que ocorre nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, no tráfico de drogas, nos crimes de trânsito e de



lavagem de capitais.

Segundo o entendimento dominante, a especialização de varas NÃO viola a CF, tendo em vista que se trata de desdobramento do poder de auto-organização do Poder Judiciário.

6. **PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE**

6.1. **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Está ligado, claramente, ao caráter democrático do processo penal e à ideia de transparência. A partir do momento em que se assegura este princípio, proporciona-se o controle da sociedade sobre os atos processuais.

Segundo Luigi Ferrajoli, cuida-se de garantia de segundo grau, ou garantia de garantia. Isso porque, segundo o autor, para que seja possível o controle da observância das garantias primárias da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa, é indispensável que o processo se desenvolva em público.

6.2. **PREVISÃO CONSTITUCIONAL, LEGAL E CONVENCIONAL**

A publicidade dos atos processuais é a regra, o sigilo pode ser admissível quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, sem prejuízo do interesse público à informação (artigos 5º, LX e 93, IX da CF/88) ou se dá publicidade do ato puder ocorrer escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem (artigo 792, §1º do CPP).

Art. 5º LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

CF Art. 93 IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, 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;

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

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

CADH Art. 8º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – “O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”;

Em relação ao inquérito policial, por se tratar de fase pré-processual, é regido pelo princípio da sigilação. Contudo, assegura-se ao advogado a consulta aos autos correspondentes (súmula vinculante 14 do STF).

SV 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.

Deve-se distinguir a publicidade relativa às partes, ou seja, a chamada publicidade interna ou específica, e a relativa ao público em geral ou publicidade externa. Esta última é que encontra mitigação pelas exceções postas no texto constitucional.

6.3. DIVISÃO DA PUBLICIDADE

6.3.1. Publicidade ampla (plena/absoluta/popular/geral)

É a regra no processo.

O processo é aberto, ou seja, TODOS podem ter acesso, sejam partes, advogados ou o público em geral.

De acordo com a doutrina, extraem-se três direitos da publicidade ampla, são eles:

- Direito de acompanhar os atos processuais;
- Direito de narração dos atos processuais;
- Direito de consulta dos autos.

6.3.2. Publicidade restrita (segredo de justiça)

Há casos em que se faz necessária a proteção da intimidade ou que envolvem questões de interesse social, por isso, a própria CF autoriza a restrição da publicidade.

Admite-se restrição ao público em geral, a exemplo dos processos de crimes sexuais, nos termos do CP.

Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.

Além disso, a restrição pode ser dirigida às partes. Por exemplo, quando o acusado é retirado da sala de audiência.

Ressalta-se que, para os Tribunais Superiores, o segredo de justiça está dentro das cláusulas de reserva de jurisdição. Desta forma, apenas a autoridade jurisdicional pode afastar a publicidade restrita.

STF: "(...) Comissão Parlamentar de Inquérito não tem poder jurídico de mediante requisição, a operadoras de telefonia, de cópias de decisão nem de mandado judicial de interceptação telefônica, quebrar sigilo imposto a processo sujeito a segredo de justiça. Este é oponível a Comissão Parlamentar de Inquérito, representando expressiva limitação aos seus poderes constitucionais". (STF, Tribunal Pleno, MS 27.483/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 192 09/10/2008).

LEI PROCESSUAL

1. NO TEMPO



1.1. CONCEITO

É o estudo do direito intertemporal, o qual regula a sucessão de leis no tempo.

1.2. NORMAS DE DIREITO PENAL

Por força da Constituição Federal (art. 5º, XL), a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Logo, cuidando-se de norma penal mais gravosa, vige o princípio da irretroatividade.

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

Cita-se, como exemplo, a Lei 13.869/2019 que criminalizou várias condutas, a exemplo da condução coercitiva (art. 10), não irá retroagir.

1.3. NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL

De acordo com o art. 2º, do CPP, que consagra o denominado princípio *tempus regit actum*, “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Porém, segundo a melhor doutrina, será aplicado a depender da espécie de norma processual: genuinamente processual e processual material/mista/híbrida.

1.3.1. Norma genuinamente processual

É aquela que cuida de procedimentos, atos processuais, técnicas do processo etc. Cita-se, como exemplo, a extinção do processo por novo júri trazido pela Lei 11.689/2008.

Aqui, será aplicada imediatamente, por força do art. 2º do CPP. Assim, tão logo entre em vigor, sem prejuízo da validade dos atos já praticados anteriormente, a lei deve ser aplicada. O fundamento da aplicação imediata da lei processual é que se presume seja ela mais perfeita do que a anterior, por atender mais aos interesses da Justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao acusado etc.

Portanto, ao contrário da lei penal, que leva em conta o momento da prática delituosa (*tempus delicti*), a aplicação imediata da lei processual leva em consideração o momento da prática do ato processual (*tempus regit actum*).

Do princípio *tempus regit actum* derivam dois efeitos: a) os atos processuais praticados sob a vigência da lei anterior são considerados válidos; b) as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo.

1.3.2. Norma materialmente processual

É aquela que contempla, simultaneamente, normas de direito penal e normas de direito processual penal.

Segundo Renato Brasileiro: “São aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal



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

Como exemplo, cita-se o art. 366 do CPP que foi alterado pela Lei 9.271/96, não tendo aplicação retroativa.

ART. 366 DO CPP	
Antiga Redação	Redação Atual
Art. 366. O processo prosseguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado.	Art. 366 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. Norma processual híbrida, não pode retroagir.

O art. 28-A do CPP, incluído pelo Pacote Anticrime, trata do acordo de não persecução penal que consiste em um negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juiz competente, celebrado pelo MP e o autor do delito, obrigatoriamente assistido por um defensor, que confessa formal e circunstancialmente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não oferecer denúncia, declarando-se ao final a extinção da punibilidade, se o acordo for cumprido.

O acordo de não persecução penal, em si, é uma norma genuinamente processual, portanto, possui aplicação imediata. Contudo, a redação do §13, do art. 28-A prevê que após o cumprimento integral do acordo o juiz decretará a extinção da punibilidade (matéria de direito penal mais benéfica).



§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Perceba que se trata de uma norma processual mista mais benéfica. Surgem alguns questionamentos:

a) Será aplicado imediatamente?

b) Poderá ser aplicado aos crimes cometidos a partir da vigência do Pacote Anticrime?



c) Poderá ser aplicado aos processos em andamento?

Segundo Renato Brasileiro, o art. 28-A poderá ser aplicado de imediato, inclusive para crimes anteriores a vigência do Pacote Anticrime, bem como para os processos em que as denúncias já tenham sido oferecidas.

O CNPG entende de forma diversa, vejamos:

Enunciado n. 20 CNPG - Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/19, desde que não recebida a denúncia.

O STJ possui entendimento no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA 5ª TURMA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). 2. A Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como "Pacote Anticrime"), ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, estabeleceu a previsão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP). 3. O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020). 4. No caso dos autos, a discussão acerca da aplicação do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) só ocorreu em sede de apelação criminal e no momento do recebimento da denúncia não estava em vigência a Lei nº 13.964/2019, o que impede a incidência do instituto. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 607.003/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020)

Obs.: Lembrar que os enunciados não possuem caráter vinculante, são apenas orientações.

1.4. NORMAS PROCESSUAIS HETEROTÓPICAS

Há determinadas regras que, não obstante previstas em diplomas processuais penais, possuem conteúdo material, devendo, pois, retroagir para beneficiar o acusado. Outras, no entanto, inseridas em leis materiais são dotadas de conteúdo processual, a elas sendo aplicável o critério da aplicação imediata (*tempus regit actum*). Daí que surge o fenômeno denominado de heterotopia, ou seja, situação em que, apesar de o conteúdo da norma conferir-lhe uma determinada natureza, encontra-se ela prevista em diploma de natureza distinta.

Tais normas não se confundem com as normas processuais materiais. Enquanto a heterotópica possui uma determinada natureza (material ou processual), em que pese estar incorporada a diploma de caráter distinto, a norma processual mista ou híbrida apresenta dupla natureza, vale dizer, material em uma determinada parte e processual em outra.



1.5. VIGÊNCIA, VALIDADE, REVOGAÇÃO, DERROGAÇÃO E AB-ROGAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

Uma vez em vigor, a lei processual penal vigora formalmente até que seja revogada por outra. Assim, revogação significa a cessação da vigência formal da lei, ou seja, a norma processual penal deixa de integrar o ordenamento jurídico. Quanto a sua abrangência, a revogação compreende a ab-rogação (revogação total) e a derrogação (revogação parcial).

Por fim, não se pode confundir vigência com validade. Para que uma lei processual penal entre em vigor, basta que seja aprovada pelo Congresso Nacional, sancionada pelo Presidente da República e publicada no Diário Oficial: superado eventual período de *vacatio legis*, inicia-se sua vigência. Para que seja considerada válida, todavia, referida lei deve se mostrar compatível com a Constituição Federal e com as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos.

2. INTERPRETAÇÃO

A interpretação da lei processual e a sua aplicação em determinado momento estão previstas no art. 3º do CPP

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

2.1. QUANTO À ORIGEM OU AO SUJEITO QUE A REALIZA

2.1.1. Autêntica ou legislativa

É a realizada pelo próprio legislador que, através de outro texto de lei, faz os esclarecimentos necessários sobre determinado assunto, podendo ser contextual, leia-se, aquela realizada no corpo do próprio texto interpretado, ou posterior, é dizer, em outro diploma subsequente à norma interpretada. É importante ressaltar que a norma interpretativa, dando a devida aceção ao conteúdo da norma interpretada, tem efeito retroativo.

Ex: o CPP, no seu art. 302, traz a aceção daquilo que se entende por prisão em flagrante.

2.1.2. Doutrinária ou científica

É aquela realizada pelos estudiosos do direito. Atente-se que a exposição de motivos do Código é forma de interpretação doutrinária, pois não tem conteúdo de lei.

2.1.3. Judicial ou jurisprudencial

É a interpretação/aplicação do direito conferida pelos juízes e tribunais. É de se ressaltar que a EC 45/2004 introduziu o art. 103-A à Carta Magna, prevendo a súmula vinculante no direito brasileiro.

2.2. QUANTO AO MODO, AOS MEIOS EMPREGADOS

2.2.1. Literal, gramatical ou sintática

Leva-se em conta o texto da lei e a significação das palavras empregadas, leia-se, o seu sentido literal.



2.2.2. Teleológica

Busca-se a finalidade da norma, a vontade da lei.

2.2.3. Lógica

Vale-se das regras de raciocínio e conclusão para compreender o espírito da lei.

2.2.4. Histórica

Analisa o contexto da votação do diploma legislativo, os debates, as emendas propostas etc.

2.2.5. Sistemática

As normas fazem parte de uma comunidade, inter-relacionando-se. Assim, a interpretação sistemática leva em conta a norma colocada num todo, é dizer, como integrante de um ordenamento jurídico.

2.3. QUANTO AO RESULTADO

2.3.1. Declarativa

Há uma exata correspondência entre o texto da lei e aquilo que ela desejou externar.

2.3.2. Restritiva

A norma disse mais do que desejava, cabendo ao intérprete aperfeiçoar os detalhes, para aferir o seu real alcance.

2.3.3. Extensiva ou ampliativa

O texto da lei ficou aquém do que desejava. Necessita-se ampliar o seu alcance, para que assim possa atingir o seu significado.

2.3.4. Progressiva, adaptativa ou evolutiva

O direito é dinâmico e os fenômenos sociais não são estanques, exigindo do intérprete o esmero na atualização dos diplomas normativos, pois a realidade o impõe, dando-se efetividade à norma não trabalhada ou não modernizada pelo legislador.

Como exemplo, cita-se o art. 68 do CPP que é dotado de inconstitucionalidade progressiva, só será aplicado nas comarcas em que não há Defensoria Pública.

2.4. ANALOGIA

É um método de integração, visa suprir lacunas. E não de interpretação.

Não se admite analogia *in malam partem*, ou seja, que prejudique o réu.

Por exemplo, a interceptação ambiental estava prevista na Lei de Organização Criminosa, mas não havia previsão acerca do procedimento probatório a ser adotado, utilizava-se por analogia o procedimento da Lei de Interceptação Telefônica.

Após o Pacote Anticrime, a interceptação ambiental foi regulamentada.



Salienta-se que a analogia (método de integração) não se confunde com a interpretação analógica (método de interpretação), consiste em uma forma casuística seguida de uma forma genérica, tendo em vista que não é possível prever todas as hipóteses, a exemplo da expressão “outro motivo torpe” no art. 121, §2º, I do CP.

2.5. APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO PENAL

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

O CPC/15 não fala nada expressamente sobre os processos criminais, por esse motivo a doutrina sustenta que o art. 15 do CPC pode ser objeto de interpretação extensiva. Mas, apenas, quando houver lacuna (omissão) no processo penal.

Segundo Renato Brasileiro, “etimologicamente, existe uma diferença entre aplicação supletiva e aplicação subsidiária. A primeira se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação (exemplo aplicação de IRDR ao Processo Penal), enquanto a subsidiária serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto (colheita de prova antecipada)”.

Salienta-se que a utilização do CPC pressupõe lacuna involuntária, ou seja, se o CPP dispuser sobre a matéria não será possível aplicar o CPP. Nas palavras de Renato Brasileiro, “o emprego da analogia permitido pelo art. 3º do CPP pressupõe a inexistência de lei disciplinando matéria específica, constatando-se, pois, a lacuna involuntária da lei. Por ser a analogia recurso de autointegração, e não instrumento de derrogação de texto ou de procedimento legal, o emprego da analogia só pode ser admitido quando a lei for omissa”.

Como exemplo, cita-se a contagem dos prazos em dias úteis, previsto no CPC, que não se aplica ao Processo Penal, em razão da regra do art. 798 do 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.
(...)
§3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.*

3. NO ESPACO

Enquanto à lei penal aplica-se o princípio da territorialidade (CP, art. 5º) e da extraterritorialidade incondicionada e condicionada (CP, art. 72), o Código de Processo Penal adota o princípio da territorialidade ou da *lex fori*. E isso por um motivo óbvio: a atividade jurisdicional é um dos aspectos da soberania nacional, logo, não pode ser exercida além das fronteiras do respectivo Estado.

Na visão da doutrina, todavia, há situações em que a lei processual penal de um Estado pode ser aplicada fora de seus limites territoriais: a) aplicação da lei processual penal de um Estado em território nullius; b) quando houver autorização do Estado onde deva ser praticado o ato processual; c) em caso de guerra, em território ocupado.



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

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

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

III - os processos da competência da Justiça Militar;

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

V - os processos por crimes de imprensa. [\(Vide ADPF nº 130\)](#)

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

Além do art. 1º do CPP, especial atenção também deve ser dispensada ao art. 5º, § 4º, da Constituição Federal, que prevê que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Tem-se aí, segundo Pacelli, mais uma hipótese de não aplicação da lei processual penal brasileira aos crimes praticados no país, nas restritas situações em que o Estado brasileiro reconhecer a necessidade do exercício da jurisdição penal internacional.

3.1. TRATADOS, CONVENÇÕES E REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL

Chefes de governo estrangeiro ou de Estado estrangeiro, suas famílias e membros das comitivas, embaixadores e suas famílias, funcionários estrangeiros do corpo diplomático e suas famílias, assim como funcionários de organizações internacionais em serviço (ONU, OEA etc.) gozam de imunidade diplomática, que consiste na prerrogativa de responder no seu país de origem pelo delito praticado no Brasil.

Tais pessoas não podem ser presas e nem julgadas pela autoridade do país em que exercem suas funções, seja qual for o crime praticado (CPP, art. 1º, inciso I). Admite-se renúncia expressa à garantia da imunidade pelo Estado acreditante, ou seja, aquele que envia o Chefe de Estado ou representante. Tal imunidade não é extensiva aos empregados particulares dos agentes diplomáticos.

Quanto ao cônsul, este só goza de imunidade em relação aos crimes funcionais. Esse o motivo pelo qual, ao apreciar *habeas corpus* referente a crime de pedofilia supostamente praticado pelo Cônsul de Israel no Rio de Janeiro, posicionou-se a Suprema Corte pela inexistência de obstáculo à prisão preventiva, nos termos do art. 41 da Convenção de Viena, pois os fatos imputados ao paciente não guardavam pertinência com o desempenho das funções consulares.

3.2. PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E DE OUTRAS AUTORIDADES

A denominada Justiça Política corresponde à atividade jurisdicional exercida por órgãos políticos, alheios ao Poder Judiciário, apresentando como objetivo precípua o afastamento do agente público que comete crimes de responsabilidade de suas funções.

SENADO FEDERAL (processar e julgar): Presidente e o Vice-Presidente da República, assim como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, bem como os Ministros do STF, os membros



do CNJ e do CNMP, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

TRIBUNAL ESPECIAL: o governador, o vice-governador, e os secretários de Estado, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, assim como o Procurador-Geral de Justiça e o Procurador-Geral do Estado.

CÂMARA MUNICIPAL: prefeitos.

Crimes de responsabilidade em sentido amplo são aqueles cuja qualidade de funcionário público (CP, art. 327) funciona como elementar do delito. É o que ocorre com os crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública (CP, arts. 312 a 326). Esses crimes de responsabilidade em sentido amplo estão inseridos naquilo que a Constituição Federal denomina crimes comuns ou infrações penais comuns.

Por seu turno, crimes de responsabilidade em sentido estrito são aqueles que somente podem ser praticados por determinados agentes políticos. Prevalece o entendimento de que não têm natureza jurídica de infração penal, mas sim de infração político-administrativa, passível de sanções político-administrativas, aplicadas por órgãos jurisdicionais políticos (normalmente órgãos mistos, compostos por parlamentares ou por parlamentares e magistrados). Como desses crimes de responsabilidade não decorre sanção criminal, não podem ser qualificados como infrações penais, figurando, pois, como infrações políticas da alçada do Direito Constitucional.

3.3. PROCESSOS DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESPECIAL

Não se aplica mais.

3.4. CRIMES DE IMPRENSA

Com a declaração de não recepção, pelo STF, da Lei de Imprensa, não se aplica mais.

3.5. CRIMES ELEITORAIS

Apesar de não estar previsto no art. 1º do CPP, para Renato Brasileiro deve ser considerado como uma exceção.

Destaca-se que a motivação política ou mesmo eleitoral não é suficiente para definir a competência da Justiça Especial de que estamos tratando. Da mesma forma, a existência de campanha eleitoral é irrelevante, pois, de per si, não é suficiente para caracterizar os crimes eleitorais à falta de tipificação legal no Código Eleitoral ou em leis eleitorais extravagantes.

JUIZ DAS GARANTIAS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, salienta-se que o Pacote Anticrime foi publicado em 24 de dezembro de 2019, com prazo de *vacatio legis* de dias. Contudo, a figura do juiz das garantias teve sua eficácia suspensa, em decisão monocrática, pelo Ministro Fux.

A figura do juiz das garantias, prevista no art. 3º-B, não estava no Projeto Moro e nem no Projeto Alexandre de Moraes, foi retirada do projeto do Novo Código de Processo Penal.



Em qualquer Estado de Direito sempre existiu e sempre existirá a figura do juiz que controla a investigação e resguarda direitos individuais. Perceba, portanto, que não foi esta a novidade trazida pela Lei 13.964/2019. A inovação legislativa está relacionada à atuação do juiz das garantias, já que o juiz que atuar na fase investigatória, não poderá atuar na fase processual, nos termos do art. 3º-D do CPP.

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

2. **CONCEITO**

De acordo com André Machado Maia, citado por Renato Brasileiro, “o juiz das garantias consiste na atribuição exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase pré-processual, com a consequente exclusão da competência desse magistrado para a sequência da persecução penal sob o contraditório”

Com a entrada em vigor do juiz das garantias teremos:



PERSECUÇÃO PENAL

FASE INVESTIGATÓRIA	FASE PROCESSUAL
Juiz das Garantias	Juiz da Instrução e Julgamento
Atuação a partir da instauração de investigação criminal até o recebimento da peça acusatória, nos termos do art. 3º-C.	Atuação a partir do recebimento da peça acusatória

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

3. **NATUREZA JURÍDICA**

A criação do juiz das garantias pode ser traduzida como uma nova espécie de competência funcional (distribuída de acordo com a função ou com a matéria apreciada pelo órgão) por fase do processo.

4. **DISTINÇÕES**

4.1. **JUIZ DAS GARANTIAS E DIPO**

DIPO são as centrais de inquéritos existentes em alguns Estados, ou seja, varas voltadas para a fase investigatória. Após o início do processo, a tramitação ocorrerá em outra vara. Não se confundem com o juiz das garantias porque no DIPO não há impedimento, isto é, o juiz que atuou na fase investigatória poderá atuar durante o processo.

4.2. **JUIZ DAS GARANTIAS E JUIZADO DE INSTRUÇÃO**

No Juizado de Instrução existe um juiz que atua na fase investigatória e que possui iniciativa acusatória. O juiz seria um investigador, figura incompatível com o sistema acusatório que vigora no Brasil, já que nem mesmo o juiz das garantias poderá ter iniciativa acusatória.

5. **FUNDAMENTO**

A criação do juiz das garantias fundamenta-se na imparcialidade do magistrado, princípio supremo do processo, segundo o qual o juiz não pode ter interesse (direito ou indireto) no resultado do processo.

A imparcialidade está prevista implicitamente na Constituição Federal, sendo um dos desdobramentos do devido processo legal, bem como expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos.

CIDH, art. 8º: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem





seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Destaca-se que a imparcialidade se divide em:

- a) Subjetiva – íntimo da convicção do magistrado
- b) Objetiva – relacionada à Teoria da Aparência, não pode haver nenhum espaço de dúvida em relação à imparcialidade do juiz. Não basta ser imparcial, deve-se parecer imparcial.

Na fase investigatória o juiz poderá, após requerimento (nunca de ofício), por exemplo, determinar a interceptação telefônica, a busca e apreensão, a decretação da prisão temporária. Até o advento da Lei 13.964/2019, o juiz que julgaria o processo seria o mesmo que determinou tais procedimento, claramente, voluntariamente ou não, a atuação na fase investigatória influenciaria a atuação na fase processual, comprometendo a imparcialidade e prejudicando o direito de defesa do réu.

Além disso, a figura do juiz das garantias está relacionada à Teoria da Dissonância Cognitiva (Bernd Schunemann), segundo a qual os seres humanos, voluntariamente ou não, tendem a buscar uma zona de conforto (consonância cognitiva) para tomada de decisões, desenvolvendo, assim, processos para evitar sentimentos incômodos (dissonância cognitiva). Em outras palavras, ao tomar uma decisão a tendência é que a pessoa se mantenha fiel a sua escolha, tendo em vista que todo e qualquer evento em sentido contrário causaria um desconforto.

6. INCONSTITUCIONALIDADE

6.1. FORMAL

Em relação ao questionamento acerca da inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, há dois posicionamentos.

1ª C – O juiz das garantias é inconstitucional, tendo em vista que a Lei 13.964/2019 originou-se de uma iniciativa do Poder Executivo, matéria de organização judiciária. Portanto, deveria ser regulamentada pelo próprio Poder Judiciário.

STF MC na ADI 6298: (...) a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição.

2ª C – O juiz das garantias é constitucional, tendo em vista que lei processual é aquela que versa sobre jurisdição, ação e processo. O juiz das garantias está relacionado à competência funcional por fase do processo, portanto, lei processual que pode ser feita por lei federal, nos termos do art. 22, I da CF.

Foi o mesmo raciocínio utilizado em relação à Lei Maria da Penha quando criou os juizados de violência doméstica e familiar.

Contudo, o entendimento não se aplica ao art. 3º-D, parágrafo único, em que há clara



inconstitucionalidade formal, pois se trata de organização judiciária, ferindo o art. 96 da CF.

Art. 3º-D, Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Nesse sentido, o art. 3º-E do CPP que prevê a designação do juiz das garantias pelas normas de organização judiciária.

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Em suma, a criação do juiz das garantias por lei federal não é inconstitucional. Contudo, caberá às normas de organização judiciária a forma de sua implementação, seja através da criação de centrais de inquérito, com varas especializadas em investigação criminal.

6.2. MATERIAL

Em relação à inconstitucionalidade material, em razão da autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciária, observe as duas correntes:

1ª C (Ministro Fux) – ante o tamanho das mudanças que exige dois juízes para a persecução penal, haverá inúmeros impactos financeiros, por isso a inconstitucionalidade.

2ª C (Ministro Toffoli) – por mais despesas que a lei irá gerar, não haverá a necessidade de criação de novas varas, mas sim de adaptação dos recursos humanos já existentes.

7. INÍCIO DA EFICÁCIA

Por conta da decisão do Ministro Fux, proferida no dia 22 de janeiro de 2020, a eficácia dos arts. 3º-A ao 3º-F está suspensa por tempo indeterminado.

Caso não houvesse a decisão do Fux, o juiz das garantias estaria em vigência desde 23 de janeiro de 2020. Contudo, no dia 15 de janeiro de 2020, Dias Toffoli entendeu que teria eficácia após 180 dias da publicação da sua decisão.

8. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS FEITOS EM ANDAMENTO

No Projeto do Novo Código de Processo Penal há a previsão de que o juiz das garantias não se aplicaria aos processos em andamento. Contudo, tal previsão não foi repetida no Pacote Anticrime, podendo ser cogitada a sua aplicação a todos os processos em andamento, pois o juiz das garantias é norma de competência funcional, sendo espécie de competência absoluta, devendo ser aplicada imediatamente.

Diante da ausência de previsão, Dias Toffoli, em 15 de janeiro de 2020, decidiu que:

- Os processos já instaurados não haveria a modificação do juízo competente;
- Nas investigações o juiz continuaria competente até o recebimento da denúncia, depois seria encaminhado para outro juiz.

Obviamente que com a decisão do Ministro Fux, em 22 de janeiro de 2020, tal entendimento



perdeu relevância, já que está com a eficácia suspensa.

9. COMPETÊNCIAS CRIMINAIS DO JUIZ DAS GARANTIAS

Estão previstas nos incisos do art. 3º-B do CPP. Vejamos:

- a) Receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal
- b) Receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código

O APF ocorrerá através da realização da audiência de custódia, introduzida ao CPP pelo art. 310.



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: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

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 organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 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

imediate decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Eficácia suspensa



- c) Zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo
- d) Ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal

Não está restrito apenas ao inquérito policial. Qualquer início de investigação, a exemplo de uma portaria e do procedimento investigatório presidido pelo MP, deve ser informada ao juiz das garantias que irá verificar sua legalidade.

A doutrina sustenta que o juiz também deve ser informado acerca do encerramento da investigação.

- e) Decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar

Toda prisão provisória está sujeita a causa de reserva de jurisdição, devendo ser determinada, após o requerimento, pelo juiz das garantias.

- f) 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

Nada impede que seja realizada por videoconferência.

- g) 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

- Prova antecipada – é produzida com a observância do contraditório real, mas em momento processual distinto do legalmente previsto ou ainda durante o inquérito policial;

- Prova irrepetível – é a prova que só pode ser produzida uma única vez, seja por razões óbvias (documentos) ou pelo seu desaparecimento.

- h) 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.

Estando o indivíduo preso, poderá ser prorrogado por mais 15 dias.

Art. 3º-B, § 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

- i) Determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento

O juiz das garantias poderá determinar o trancamento do inquérito policial, mas não poderá trancar o PIC. Isso ocorre porque ao determinar o trancamento do PIC o juiz poderá deparar-se com um crime de abuso de autoridade, um juiz de primeiro grau não detém competência em relação aos membros do MP. Assim apenas o tribunal poderá determinar o trancamento do PI, sob pena de violação à competência originária.



- j) Requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- k) Decidir sobre os requerimentos de:
 - Interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação
 - Afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico

Obs.: apenas quando estiver sujeita à cláusula de reserva de jurisdição.

- Busca e apreensão domiciliar
 - Acesso a informações sigilosas, a exemplo de prontuário médico.
 - Outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado, a exemplo de infiltração judicial.
- l) Julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia, desde que autoridade coatora não seja dotada de foro por prerrogativa de função
 - m) Determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
 - n) Decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código

Houve uma impropriedade, o recebimento da denúncia deveria ser nos termos do art. 396 do CPP.

- o) 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;
- p) Deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- q) Decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
- r) Outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo

Perceba que o rol do art. 3º-B é meramente explicativo.

10. **ABRANGÊNCIA DA COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS**

Está prevista no art. 3º-C do CPP. Vejamos:

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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

- a) Infrações de menor potencial ofensivo

Não estão abrangidas pela competência do juiz das garantias.



b) Tribunais

De acordo com uma primeira corrente, nos Tribunais não se aplica o juiz das garantias, pois a colegialidade, por si só, já é um reforço à imparcialidade. Diversamente, uma segunda corrente entende que deveria ser aplicado.

c) Júri

Na decisão do Ministro Toffoli, a figura do juiz das garantias não seria aplicável no âmbito do Tribunal do Júri.

d) Justiça Militar

É cabível.

e) Justiça Eleitoral

A CF, em seu art. 121, prevê que lei complementar irá regulamentar a competência da Justiça Eleitoral. Desta forma, a sistemática do juiz das garantias não se aplica à Justiça Eleitoral

f) Maria da Penha

Conforme o Ministro Dias Toffoli, o juiz das garantias não se aplica no âmbito da Lei Maria da Penha.

Obs.: NÃO existe a figura do MP das garantias, tendo em vista que o MP é parte, podendo atuar em todas as fases.



Art. 3º-C

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de

provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

No sistema anterior à Lei 13.964/2019, o inquérito policial era apensado ao processo, fazendo com que o juiz tivesse contato, com o §3º do art. 3º-C surgem duas correntes:



1ªC – não houve nenhuma alteração. O inquérito policial continuará integrando o processo judicial, nos termos do art. 12 e art. 155 do CPP. Sustentam que deve ser feita uma interpretação restritiva do §3º do art. 3º-C, CPP, pois a lei prevê que os “autos” citados no dispositivo não abrangem os autos do inquérito policial, pois não tramitam perante o juiz das garantias.

2ªC - entende que deverá haver a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo judicial.

11. VEDACÃO À EXPLORAÇÃO DA IMAGEM DE PESSOA SUBMETIDA À PRISÃO COMO INSTRUMENTO DE SE CONCRETIZAR O RESPEITO À INTEGRIDADE MORAL DO PRESO

O juiz das garantias deve assegurar as regras de tratamento dos presos, nos termos do art. 3º-F do CPP que está em consonância com o art. 13 da Lei de Abuso de Autoridade.

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1. CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL

Trata-se de um procedimento ADMINISTRATIVO INQUISITÓRIO e PREPARATÓRIO, presidido pela autoridade policial, com o objetivo de identificar fontes de prova e colher elementos de informação para apuração da infração penal (MATERIALIDADE) e de sua AUTORIA, a fim de fornecê-los para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (justa causa).

Em razão da extensão do conceito, iremos analisar de forma separada.

1.1. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

O IP não é um processo, mas sim um procedimento, pois, ao contrário do processo, não resulta, pelo menos diretamente, a imposição de uma sanção.

1.2. INQUISITÓRIO

Traz a ideia de que não é obrigatória a observância do contraditório e nem da ampla defesa.

A Lei 13.245/2016 alterou o Estatuto da OAB, prevendo que o advogado terá o direito de assistir ao seu cliente durante as investigações.

Doutrina minoritária, em razão da alteração, afirma que o IP deixou de ser inquisitorial. Não prevalece.



1.3. PREPARATÓRIO

Fornecer elementos de informação para o titular da ação penal ingressar em juízo.

1.4. PRESIDIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Sempre que o CPP fizer referência à autoridade policial tratar-se-á do delegado de polícia, nos termos do art. 2º da Lei 12.830/13.

Art. 2ª As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

*§ 1ª 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.*

1.5. IDENTIFICAR FONTES DE PROVA

São todas as pessoas ou coisas que possuem algum conhecimento sobre o fato delituoso. São anteriores ao processo e sua existência independe do próprio processo penal.

Cita-se, como exemplo, um roubo ocorrido na rua em que há câmeras. As imagens podem ser utilizadas como uma fonte de prova.

1.6. COLHER ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO

À luz do art. 155 do CPP, o que se colhe durante o IP, pelo menos em regra, são elementos de informação.

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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Ressalta-se que a expressão “provas” é utilizada para tudo que é produzido em juízo, com o efetivo exercício do contraditório.

1.7. A FIM DE PERMITIR QUE O TITULAR DA AÇÃO PENAL POSSA INGRESSAR EM JUÍZO

É o objetivo final do IP, consagrando a justa causa, nos termos do art. 395, III do CPP.

Por justa causa entende-se o mínimo de elementos que possam determinar a autoria e a materialidade, com a finalidade de que o processo seja iniciado.

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal

2. FUNÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

A partir do conceito acima, podemos afirmar que o IP possui uma dupla função:



Preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Preservadora: a existência prévia de um inquérito inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado.

3. NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

Procedimento ADMINISTRATIVO de caráter inquisitorial, ou seja, não estamos ainda falando de um ato de jurisdição, que irá impor uma sanção. Qual a relevância dessa natureza jurídica?

Primeiramente, ressalta-se que a persecução penal possui duas fases distintas, observe o quando abaixo:



1ª FASE	2ª FASE
Investigação Preliminar.	Processo Judicial
Vícios	Nulidades



Eventuais ilegalidades ocorridas no inquérito não contaminam o processo penal subsequente, salvo em se tratando de prova ilícita. Por exemplo, uma prisão em flagrante que não é comunicada ao juiz, enseja o relaxamento, tendo em vista que se trata de ilegalidade. Contudo, não irá contaminar o processo penal.

Eventual nulidade na oitiva do acusado no curso da investigação preliminar não tem o condão de nulificar o recebimento da denúncia e a ação penal deflagrada, quando existem elementos autônomos que sustentam a decisão impugnada. Ademais, cabe ressaltar que eventuais vícios na fase extrajudicial não contaminam o processo penal, dada a natureza meramente informativa do inquérito policial. STJ. 5ª Turma. AgRg no RHC 124.024/SP. Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 22/09/2020.

Eventuais irregularidades ocorridas no inquérito policial não contaminam a ação penal. STJ. 6ª Turma. RHC n. 112.336/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 07/11/2019.

O inquérito policial constitui procedimento administrativo, de caráter informativo, cuja finalidade consiste em subsidiar eventual denúncia a ser apresentada pelo Ministério Público, razão pela qual irregularidades ocorridas não implicam, de regra, nulidade de processo-crime. STF. 1ª Turma. HC 169.348/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17/12/2019.



A Lei 12.830/2013, que trata sobre a investigação feita pelo delegado, não alterou a natureza jurídica do IP.

Com a Lei 13.245/2016, há quem defenda que o IP deixou de ser inquisitorial, pois ao prever que é direito do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta, está garantindo o contraditório e a ampla defesa,

O Estatuto da OAB, com redação dada pela Lei 13.245/2016, em seu art. 7, XXI, prevê nulidade absoluta para os casos em que o interrogatório ou depoimento é feito sem a presença do advogado. Para Renato Brasileiro, não se trata de nulidade (sanção aplicada a atos processuais defeituosos), mas sim uma ilegalidade. Por fim, ainda que o direito não tenha sido observado, para o reconhecimento da suposta “nulidade” é necessário comprovar o prejuízo, conforme entende o STF.

Obs.: O STF (Pet 7612/DF) entende que essa alteração legislativa não impôs um dever à autoridade policial de intimar previamente o advogado constituído para os atos de investigação. Desse modo, embora constitua prerrogativa do advogado apresentar razões e quesitos no curso de investigação criminal (art. 7º, XXI, da Lei nº 8.906/94), daí não se pode extrair direito subjetivo de que se intime



a defesa previamente e com necessária antecedência quanto ao calendário das inquirições a ser definido pela autoridade policial.

4. **FINALIDADES DO INQUÉRITO POLICIAL**

O IP possui duas finalidades, quais sejam:

4.1. **IDENTIFICAR FONTES DE PROVAS**

Como visto acima, fontes de prova são todas as pessoas ou coisas que podem ministrar algum conhecimento sobre o fato delituoso. Ocorre antes do processo, quando o integram processo passam a ser meios de prova.

Por exemplo, no caso dos mortos na boate de Orlando, fontes de prova foram as pessoas que viram o atirador entrar na boate, as câmeras de monitoramento, os parentes do atirador. Ao serem ouvidas no processo, as testemunhas passarão a ser meios de provas e não mais fontes de provas.

4.2. **COLHER ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO**

4.2.1. **Diferença entre provas e elemento de informação**

Elementos de informação, como mencionado, não se confundem com provas. O próprio CPP, em seu art. 155, faz a distinção. Vejamos:

*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.*

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.



ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO	PROVAS
Colhidos na fase investigativa;	Em regra, produzido na fase judicial; Há possibilidade de produção de provas na investigação, nos casos de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas que poderão, ainda que produzidas na fase investigatória, serem utilizadas, exclusivamente, para a formação do convencimento do juiz.
Não é obrigatória a observância do contraditório e da ampla defesa, nem mesmo diante das mudanças produzidas pela Lei 13.245/2016. A Lei alterou apenas o Estatuto da OAB, não alterou o CPP. Para Renato, estando	É obrigatória a observância do contraditório e da ampla defesa.



presente, o advogado possui o direito de acompanhar o interrogatório, mas sua presença não é obrigatória. O delegado de polícia, conforme entende o STF, não tem a obrigação de intimar o advogado para participar das inquirições.	
O juiz deve intervir apenas quando necessário, e desde que seja provocado neste sentido. O juiz não é dotado de iniciativa acusatória, deve ficar distante, cabendo ao MP e à polícia a investigação.	A prova deve ser produzida na presença do juiz, física ou remota (videoconferência). Durante o curso do processo, o juiz não é mais dotado de iniciativa probatória, nos termos do art. 3º-A do CPP (eficácia suspensa ainda).
Finalidade: úteis na decretação das medidas cautelares e auxiliar na formação da opinião delicti.	Finalidade: auxiliar na formação da convicção do juiz.

ATENÇÃO! Os elementos informativos, isoladamente considerados, não podem fundamentar uma sentença. Porém, tais elementos não devem ser desprezados durante a fase judicial, podendo se somar à prova produzida em juízo para auxiliar na formação da convicção do magistrado.

Obs.: o art. 3º-C, §3º do CPP, por hora suspenso, dá causa a duas correntes: 1ªC – entende que o juiz da instrução e julgamento não poderá mais ter contato com os elementos informativos do IP; 2ªC – afirma que o dispositivo deve ser interpretado restritivamente, os autos do IP não se confundem com os “autos” mencionados no §3º. Assim o juiz da instrução e julgamento continuará tendo acesso aos autos do IP.



ATENÇÃO! Há doutrinadores que afirmam que provas cautelares, provas não repetíveis e provas antecipadas são sinônimos. Para Renato é verdadeiro equívoco. Vejamos a diferença:

- a) Provas cautelares: são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo. Podem ser produzidas na fase investigativa e na fase judicial. Dependem de autorização judicial, sendo que o contraditório será diferido (postergado). Possui a urgência como elementar. Ex.: interceptação telefônica.
- b) Provas não repetíveis: é aquela que uma vez produzida não tem como ser novamente coletada em razão do desaparecimento da fonte probatória. Podem ser produzidas na fase investigatória e na fase judicial. Não dependem de autorização judicial, sendo que o contraditório será diferido. Ex.: Exame de corpo de delito com ulterior desaparecimento dos vestígios.

Atenção para o art. 3º-B, VII do CPP, ainda com a eficácia suspensa, que prevê que caberá ao juiz das garantias decidir sobre o requerimento das provas irrepetíveis, mas ela não depende de autorização. Desta forma, deve ser interpretado restritivamente, aplicando-se apenas à prova antecipada.



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: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

- c) Provas antecipadas: são aquelas produzidas com a observância do contraditório real em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situações de urgência e relevância. Podem ser produzidas na fase investigatória e na fase judicial. Dependem de autorização judicial, sendo que o contraditório será real (contraditório para a prova). Ex.: Art. 225 do CPP e art. 366 do CPP.

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

Art. 366. 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

A Lei 13.431/2017 (vigência 4 de abril de 2018) traz o depoimento sem dano (depoimento



especial – art. 8º). A oitiva de certas pessoas em juízo é algo complicado, principalmente, quando as vítimas são crianças. A lei prevê que o depoimento de crianças (menores de sete anos) e de vítima de violência sexual será colido como prova antecipada, a fim de evitar a revitimização (art. 11).

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Art. 11. O depoimento especial rege-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

§ 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:

I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;

II - em caso de violência sexual

§ 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.

Obs.: O fato de o advogado ter acompanhado o depoimento de testemunha no inquérito, transforma o elemento de informação em prova? NÃO! Pois prova é aquilo produzido em contraditório judicial.

5. ATRIBUIÇÃO PARA PRESIDÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL



Fica a cargo da **autoridade policial**, exercendo as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA.

Lei 12.830/2013 Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

A Polícia pode exercer duas funções, absolutamente diversas, vejamos:

OSTENSIVA (ADMINISTRATIVA)	JUDICIÁRIA
Caráter preventivo	Caráter repressivo
Relacionada à segurança, visando impedir a prática de atos lesivos à sociedade	Visa auxiliar a Justiça (por isso o STF chama de “ <i>polícia judiciária</i> ”, seja em auxílio ao judiciário fazendo cumprir suas ordens ou investigando/apurando infrações penais)
É realizada pela PM. Obs.: Há casos em que a PM exerce função de polícia judiciária. Cita-se, como exemplo, as hipóteses de crime militar	É exercida pela Polícia Civil e pela Polícia Federal.

O papel de investigação dos delitos é exclusivo do Estado, consagra-se o princípio da



oficialidade.

A autoridade policial é o delegado de polícia, nos termos do art. 2º, §1º da Lei 12.830/2013.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento (termo circunstanciado) previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

O delegado de polícia, nos termos do §2º, do art. 2º da Lei 12.830/2013, pode requisitar perícia não é necessário autorização judicial prévia, salvo no caso de exame de insanidade mental.

Art. 2º, § 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos, desde que não haja necessidade de autorização judicial prévia.

O IP possui como uma das características mais básicas a discricionariedade. Assim, não há uma lógica de procedimento, o delegado pode requisitar perícias, documentos, de acordo com sua conveniência, respeitando a cláusula de reserva de jurisdição.

Como exemplo de casos em que é necessária a autorização judicial, cita-se o art. 13-B do CPP, vejamos:



Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

Alguns doutrinadores, sustentam que o §4º, do art. 2º, da Lei 12.830/2013 consagra o princípio do delegado natural.

Art. 2º, § 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado (chamar para si) ou redistribuído (manda para outro delegado) 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.

Destaca-se que o delegado de polícia não é dotado de inamovibilidade (garantia para Juiz, Promotor, Defensor), podendo, portanto, ser removido com a devida fundamentação.

Lei 12.830/2013 Art. 2º, § 5º-A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.



5.1. NATUREZA DO CRIME E ATRIBUIÇÃO PARA INVESTIGAÇÃO

5.1.1. Crime militar

Justiça Militar da União: Forças armadas, exército brasileiro, por meio do chamado IPM (inquérito policial militar).

Delegado? Não. “Encarregado”: atuação similar.

5.1.2. Crime militar estadual

Justiça Militar Estadual: (crime dentro do quartel da PM, por exemplo), quem vai investigá-lo é a própria polícia militar/corpo de bombeiros, o comandante vai designar um encarregado.

5.1.3. Crime eleitoral

Justiça Federal/Eleitoral: a competência, em tese, é da polícia federal.

Obs.: o TSE entende que as investigações poderão ser feitas pela polícia civil, quando não houver delegacia da polícia federal na cidade.

5.1.4. Crime federal

Justiça Federal: polícia federal



5.1.5. Crime comum

Justiça Estadual: polícia civil.

Obs.: se o crime for dotado de repercussão interestadual ou internacional e houver previsão legal, a investigação será feita pela polícia federal.

Obs2.: as atribuições da Polícia Federal são mais amplas que a competência criminal da Justiça Federal.

Vide Art. 144, §1º, I, CF.

CF 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;

(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.



A Lei 10.446/02 – art. 1º. (delitos que podem ser investigados pela PF):



Lei 10. 446/02 Art. 1º Na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras (**ROL EXEMPLIFICATIVO**), das seguintes infrações penais:

I – sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro (arts. 148 e 159 do Código Penal), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima;

II – formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e

III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e

IV – furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação.

V - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art.

273 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal). (Incluído pela Lei nº 12.894, de 2013)

VI - furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação. (Incluído pela Lei nº 13.124, de 2015)

VII – quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres. (Incluído pela Lei nº 13.642, de 2018)

Parágrafo único. Atendidos os pressupostos do caput, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Além disso, a Lei 13.260/16 (Lei Antiterrorismo) também prevê a competência da Polícia Federal para investigação criminal.

Art. 11. Para todos os efeitos legais, considera-se que os crimes previstos nesta Lei são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.



6. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

6.1. PROCEDIMENTO ESCRITO

Em regra, o IP é um procedimento inscrito, nos termos do art. 9º do CPP, *in verbis*:

CPP Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, REDUZIDAS A ESCRITO ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Pode-se usar um sistema audiovisual, por exemplo? Sim, nos termos no art. 405, 1º, CPP e Lei 11.719/08.

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

*§ 1º 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, destinada a obter maior fidelidade das informações.*

A princípio, isto é válido para a fase judicial. Entretanto, nada impede que seja utilizado também para o inquérito, pois se refere ao investigado e ao indiciado (nomenclatura típica do IP).

Obs.: a gravação não pode ser clandestina. Ou seja, o investigado precisa ter ciência de que está sendo gravado.

6.2. PROCEDIMENTO DISPENSÁVEL



Para o início do processo (oferecimento da denúncia) é necessário um suporte probatório mínimo, a chamada *justa causa*.

A justa causa pode estar amparada no IP. Contudo, o IP não é o único procedimento investigatório, por isso pode ser dispensado, nos termos dos arts. 27 e 39 do CPP.

Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 5º O órgão do Ministério Público DISPENSARÁ O INQUÉRITO, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

6.3. PROCEDIMENTO SIGILOSO



Em regra, os procedimentos investigatórios devem tramitar de maneira sigilosa, a fim de assegurar a eficácia da investigação. Veja o disposto no art. 20 do CPP:

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.

A publicidade no IP pode se revelar importante em determinados casos, a exemplo da divulgação do retrato falado.

Obs.: O sigilo não viola o princípio da publicidade, tendo em vista que esta deve ocorrer na fase judicial.

Quem tem acesso ao IP, apesar do sigilo? Juiz, MP e o advogado.

6.3.1. Acesso do advogado aos autos do procedimento investigatório

Antigamente, sustentava-se que o advogado não poderia ter acesso ao inquérito. Tal entendimento, encontra-se totalmente superado. Primeiro, pelo disposto no art. 5º, LXIII da CF. Segundo, pelo art. 7º, XIV (redação antiga) que sempre autorizou o acesso do advogado.



*CF Art. 5, LXIII - o preso (**imputado, indiciado**) será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*

EOAB Art. 7º São direitos do advogado:

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que

*conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;
Redação antiga.*

Vejamos, agora, a redação atual do inciso XIV do Estatuto da OAB.

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)

Assegurou-se ao advogado a possibilidade de examinar os autos em qualquer instituição responsável por conduzir investigações (seja feita pela autoridade policial seja feita pelo MP), de qualquer natureza.

OBS: o advogado tem acesso a TUDO? Entendimento dos tribunais: o advogado tem acesso às informações já documentadas em andamento (escuta telefônica gravada, etc.).

Art. 7º, § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente (delegado/promotor) poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)



Exemplo2: se uma testemunha já foi ouvida, o advogado poderá ver, mas se está sendo realizada uma diligência, está em andamento, não (busca e apreensão, escuta).

SÚMULA VINCULANTE Nº 14 é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova (INFORMAÇÃO) que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária (ATRIBUIÇÕES INVESTIGATÓRIAS) (POLÍCIA, MINISTÉRIO PÚBLICO), digam respeito ao exercício do direito de defesa.

6.3.2. Consequências decorrentes da negativa de acesso aos autos da investigação preliminar e instrumentos processuais a serem utilizados pelo defensor

O primeiro remédio do qual podemos cogitar é a RECLAMAÇÃO, para fazer valer a autoridade da súmula vinculante nº 14. Um caminho mais célere seria o MS em nome do advogado (este tem direito líquido e certo de acesso aos autos do IP), ou HC em nome do cliente (estando preso ou em liberdade).

Para o STF, sempre que puder resultar, ainda que de modo potencial, prejuízo à liberdade de locomoção, será cabível o habeas corpus.

Além disso, a Lei 13.245/2016 previu a responsabilidade do delegado. Haverá crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 32 da Lei 13.869/2019



Art. 7º, § 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

Lei 13.869/2019 - Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

6.3.3. (Des) necessidade de procuração

Mesmo antes da Lei 13.245/2016, para que o advogado tenha acesso ao inquérito não é necessária a procuração, salvo os casos sujeitos a segredo de justiça (crimes sexuais).

Art. 7º, § 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)



6.3.4. (Des) necessidade de autorização judicial para acesso do advogado aos autos do IP

Em regra, não há necessidade de autorização judicial para ter acesso ao IP.

A Lei de Organizações Criminosas, em seu art. 23, traz uma exceção.

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se 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.

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação

6.4. PROCEDIMENTO INQUISITORIAL

Ponto importante em razão da Lei 13.245/2016 que promoveu alteração no Estatuto da OAB.

Pertinente, aqui, analisar o inciso XXI, do art. 7º do EOAB, que traz polêmica sobre a característica de procedimento inquisitivo do IP.



Art. 7º, XXI - 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, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos

Há quem defenda que o inquérito é um procedimento sujeito ao contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, posição de Renato, há entendimento de que o inquérito continua sendo um procedimento inquisitorial.

A seguir analisaremos cada uma das correntes acima.

6.4.1. Investigação preliminar como procedimento sujeito ao contraditório e à ampla defesa

Provas da Defensoria.

Em razão da Lei 13.245/2016, a investigação preliminar como um todo é um procedimento sujeito ao contraditório diferido e a ampla defesa.

A própria CF, em seu art. 5º, LV, consagra aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos



a ela inerentes. Assim, ao fazer referência a processo judicial ou administrativo, está abrangendo procedimento administrativo, a exemplo do inquérito policial e da investigação feita pelo MP. Ademais, a expressão “acusados” deve ser interpretada de forma ampla, a fim de abranger o imputado (suspeito, investigado, indiciado, denunciado).

O contraditório é diferido, restrito, postergado. Ou seja, o direito à informação (um dos elementos do contraditório) não abrange eventuais diligências em andamento, nos termos do art. 7º, §11 do EOAB.

Art. 7º, § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências

Não bastasse o art. 5º, LV, da CF, o inciso LXIII assegura ao preso (imputado) o direito de permanecer calado (direito ao silêncio*), o direito à assistência de sua família e o direito a um advogado.

*Implicitamente está garantindo o direito de ser ouvido, direito de audiência, que é um dos desdobramentos da autodefesa.

Diante disso, indaga-se: como o direito de defesa será exercido na investigação preliminar? Segundo Martha Saad, o direito de defesa pode ser exercido de duas maneiras distintas durante a investigação preliminar. Vejamos:



- a) Exercício exógeno: é o direito de defesa exercido fora dos autos da investigação preliminar.

Ex.: impetração de HC, de MS, requerimentos ao juiz e ao MP.

- b) Exercício endógeno: é o direito de defesa exercido dentro dos autos da investigação preliminar.

Ex.: art. 14 do CPP (solicitação de diligências).

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

O exercício endógeno ganhou relevância com o inciso XXI, do art. 7º do EOAB, que garante ao advogado o direito de apresentar razões e quesitos (indagações feitas aos peritos).

Art. 7º, XXI - 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, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

a) apresentar razões e quesitos



Ressalta-se que a apresentação das razões e dos quesitos não é *condição sine qua non*, mas sim uma faculdade do advogado de defesa. Por conta disso, esta corrente defende que a presença do advogado seria obrigatória, sob pena de nulidade absoluta.

Importante consignar que o Pacote Anticrime incluiu o art. 14-A ao CPP, prevendo que a instauração de inquérito policial, inclusive no âmbito militar, contra servidores vinculados aos órgãos de segurança pública (PF, PRF, PC, PM, Corpo de Bombeiros, Polícias Penais Federal, Estadual e Distrital, Guardas Municipais, nos termos do art. 144 da CF) para fins de investigação de fatos relacionados ao uso de força letal (capaz de causar a morte) praticados no exercício funcional, o investigado deverá ser notificado, para constituir defensor no prazo de 48h.



Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para os casos previstos no **caput** deste artigo, o investigado deverá ser **citado (notificado)** da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela

investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)



Caso o investigado não constitua defensor em até 48h, a instituição a que estava vinculado deverá providenciar a indicação de um defensor, também em até 48h, para a sua representação.

Os §§ 3º a 5º foram vetados pelo Presidente da República, sob o seguinte argumento: “a propositura legislativa, ao prever que os agentes investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional serão defendidos prioritariamente pela Defensoria Pública e, nos locais em que não tiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art.5º, inciso LXXIV, combinado com o art.134, bem como os arts.132 e 133, todos da Constituição da República, que confere à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, também função essencial à justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente seus agentes públicos, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g., ADI 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02/08/2004, DJ 04/03/2005)”.

Em 19 de abril de 2021, o Congresso Nacional rejeitou o veto. Conforme Renato Brasileiro, as razões dos vetos estavam corretas, tendo em vista que não é atribuição da Defensoria Pública prestar assistência jurídica a servidores públicos, nem às pessoas que não se enquadram como necessitados. Diante disso, resta aguardar o posicionamento do STF sobre o tema.

6.4.2. Investigação preliminar como um procedimento inquisitorial

Corrente defendida por Renato Brasileiro, afirma que:

- A investigação preliminar não é processo judicial, nem é processo administrativo. Não resultando a imposição de nenhuma sanção. Trata-se de procedimento preparatório, por isso dispensa o contraditório e a ampla defesa.
- O inquérito policial possui como finalidade a colheita de elementos informativos, que não podem ser usados, exclusivamente, para formar a convicção do juiz, nos termos do art. 155 do CPP.
- A investigação preliminar está concentrada na discricionariedade da autoridade (policial ou ministerial). Não se confunde, por óbvio, com arbitrariedade.
- A inquisitorialidade é essencial para assegurar a eficácia da investigação preliminar.

OBS: Art. 306, 1º do CPP (no auto de prisão em flagrante, na lavratura, não é necessário advogado). Assim, pode-se concluir que se a intenção do legislador fosse instituir a obrigatoriedade da presença do advogado, teria alterado o CPP, mas não o fez.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.



Outra argumentação, segundo Renato Brasileiro, é a SV nº 5, segundo a qual se garante a ampla defesa no processo administrativo, mas a presença de um advogado não é necessária. Assim, se de um processo administrativo, em que podem ocorrer sanções, dispensa-se o advogado, vale para a investigação preliminar em que não resultam sanções.

Súmula Vinculante 5 A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Diante disso, indaga-se: como fica a correta interpretação da Lei 13.245/2016 e a natureza inquisitorial da investigação preliminar? Na visão de Renato Brasileiro, não ocorreram tantas mudanças, vejamos o quadro comparativo abaixo:

LEI 8.906/94 (ANTES DA LEI 13.245/2016)	LEI 8.0906/94 (DEPOIS DA LEI 13.245/2016)
Art. 7º, XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos	Art. 7º, XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação , mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças

	<p>e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;</p> <p>Entendimento do STF.</p>
Sem correspondência.	<p>Art. 7º, XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações (não torna a presença obrigatória), sob pena de nulidade absoluta** do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados (teoria da prova ilícita por derivação), direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)</p> <p>a) apresentar razões e quesitos; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)</p> <p>Ideia: é garantir a presença do advogado quando o investigado leva o seu advogado, pois muitos delegados e promotores, ainda, negavam o direito de estar acompanhando.</p> <p>Em suma: uma vez presente o advogado, possui o direito de acompanhar o seu cliente.</p>

** Tecnicamente, trata-se de uma ilegalidade e não de uma nulidade (refere-se a atos processuais). Ainda que se entenda tratar de nulidade é necessária a prova do prejuízo.

Ressalta-se que a não observância do contraditório e da ampla defesa, não retira os direitos e garantias do imputado.

Obs.: Cuidado com a obrigatoriedade da presença de advogado no interrogatório. Tratando-se Interrogatório judicial, é obrigatória a presença de advogado. Por outro lado, a presença do advogado no interrogatório no inquérito policial é facultativa, contudo, caso o interrogando faça a opção de ser assistido por advogado, sua presença é obrigatória, sob pena de configurar abuso de autoridade, nos termos do art. 15, parágrafo único da Lei 13.869/2019.



Lei 13.869/2019 Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. **Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:** (Promulgação partes vetadas)

I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou

II - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.

6.5. PROCEDIMENTO DISCRICIONÁRIO

Significa liberdade de atuação dentro dos limites traçados pela lei. O próprio CPP, em seus arts. 6º (rol exemplificativo) e 7º, elenca uma série de diligências feitas pelo delegado, mas não há uma ordem certa. Será feito de acordo com o caso concreto.

CPP 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;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

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 VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe 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;

III - 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 contribuam 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016\)](#)

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Ressalta-se que a investigação preliminar, como é o caso do IP, não se confunde com o procedimento judicial (deve seguir a ordem, é rígido).

O art. 14 do CPP acaba confirmando a natureza discricionária do inquérito.

*Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, **ou não**, a juízo da autoridade.*

Atenção! A discricionariedade não é óbice ao cumprimento de diligências requisitadas pelo Ministério Público, que possui como função institucional a requisição de diligências investigatórias, nos termos do art. 129 da CF.

*CF, art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público:
(...)*

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais

Ressalta-se que o §3º, do art. 2º da Lei 12.830/2013 que tratava da forma que o delegado conduziria as investigações, foi vetado, vejamos o dispositivo e as razões do veto.

§ 3º do art. 2º

“§ 3º O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade.”

“Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico **poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições**, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que **assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal**”

6.6. PROCEDIMENTO INDISPONÍVEL

O delegado possui certa discricionariedade para instauração ou não do IP. Contudo, uma vez instaurado não pode ser arquivado por delegado, somente o Ministério Público.

Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

6.7. PROCEDIMENTO TEMPORÁRIO

PRESO → 10 DIAS para a conclusão, podendo ser prorrogado por mais 15 dias, nos termos do art. 3º-B, §2º do CPP (eficácia suspensa).

*CPP Art. 3º-B § 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**. *(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)* **Eficácia suspensa***

SOLTO → 30 DIAS, pode ser sucessivamente prorrogado por 30 dias.

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

Segundo a doutrina processual moderna, a garantia da razoável duração do processo deve ser aplicada à investigação preliminar. Este prazo não pode ser prorrogado *ad eternum*.

O STJ decretou um trancamento de um IP que se arrastava há mais de 7 anos sem qualquer solução (isto por conta da garantia da razoável duração do processo, tal garantia não diz respeito somente ao processo, mas a fase preliminar também).

STJ: “(...) no caso, passados mais de 7 anos desde a instauração do Inquérito pela Polícia Federal do Maranhão, não houve o oferecimento de denúncia contra os pacientes. É certo que existe jurisprudência, inclusive desta Corte, que afirma inexistir constrangimento ilegal pela simples instauração de Inquérito Policial, mormente quando o investigado está solto, diante da ausência de constrição em sua liberdade de locomoção (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 08.10.07); entretanto, não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro, principalmente quando se trata de grandes empresas e empresários e os fatos já foram objeto de Inquérito Policial arquivado a pedido do Parquet Federal. Ordem concedida, para determinar o trancamento do Inquérito Policial 2001.37.00.005023-0 (IPL 521/2001), em que pese o parecer ministerial em sentido contrário. (STJ, 5ª Turma, HC 96.666/MA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/09/2008, DJe 22/09/2008).

Por fim, salienta-se que a Nova Lei de Abuso de Autoridade criminalizou a conduta de estender injustificadamente a investigação, conforme disposto em seu art. 31.

*Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

7. FORMAS DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

Inicialmente, destaca-se que a Lei de Abuso de autoridade, em seu art. 27, positivou a obrigatoriedade de qualquer indício (indicando probabilidade) para fins de instauração de inquérito policial.

*Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

As formas de instauração do IP dependem da espécie de ação penal.

7.1. AÇÃO PENAL PRIVADA (APP)

Para que o delegado instaure o inquérito deverá haver provocação do ofendido/representante legal (implemento de condição), não poderá instaurar de ofício.

Não há necessidade formalismo.

7.2. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO (APCR)

A atuação do estado, por meio de um inquérito, fica dependendo da representação do ofendido ou de uma requisição do Ministro da Justiça (implemento de condição).

Como exemplo, cita-se o §5º, do art. 171 do CP.

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
I - a Administração Pública, direta ou indireta; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
II - criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
III - pessoa com deficiência mental; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Não há necessidade de formalismo.

7.3. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA (API)

O IP referente a crimes que são perseguidos através de API pode ser instaurado através das seguintes formas:

- 1) Instauração de ofício (PORTARIA);
- 2) Requisição do juiz ou do MP;
- 3) Requerimento do ofendido/representante legal;
- 4) Auto de prisão em flagrante delito;
- 5) Notícia oferecida por qualquer do povo ("delatio criminis").

7.3.1. Instauração de ofício (PORTARIA)

Ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento direto e pessoal da infração. De

acordo com o STJ (RHC 98056), até mesmo diante de notícia vinculada pela imprensa, com indício da prática de conduta delituosa, poderá instaurar o IP de ofício.

STJ RHC 98.056 (...) 8. É possível que a investigação criminal seja perscrutada pautando-se pelas atividades diuturnas da autoridade policial, verbi gratia, o conhecimento da prática de determinada conduta delitiva a partir de veículo midiático, no caso, a imprensa. É o que se convencionou a denominar, em doutrina, de notitia criminis de cognição imediata (ou espontânea), terminologia obtida a partir da exegese do art. 5º, inciso I, do CPP, do qual se extrai que "nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado de ofício". 9. In casu, "uma reportagem jornalística pode ter o condão de provocar a autoridade encarregada da investigação, a qual, no desempenho das funções inerentes a seu cargo, tendo notícia de crime de ação penal pública incondicionada, deve agir inclusive ex officio (a licitude das provas apresentadas na reportagem não é tema que possa, no escopo exíguo de cognição do writ, ser aferida com mínima segurança, não sendo ocioso lembrar o sigilo da fonte, constitucionalmente assegurado)", sem olvidar a "farta documentação que foi acostada pela autoridade policial e pelo próprio Parquet Federal".

A competência para o julgamento do HC será do juiz de primeira instância.

7.3.2. Requisição do juiz ou do MP

Diante do sistema acusatório adotado pela CF, maioria da doutrina entende que o juiz não deve requerer a instauração de inquérito, porque viola sua imparcialidade. Entendem que a parte inicial do inciso II, do art. 5º do CPP não foi recepcionado pela CF.

CPP Art. 5º, II - mediante requisição da autoridade judiciária (não recepcionado pela CP, segundo a doutrina) ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Assim, tomando conhecimento de algum crime o juiz deverá encaminhar as informações ao Ministério Público, nos termos do art. 40 do CPP.

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Salienta-se que no dia 14 de março de 2019, o Ministro Dias Toffoli, então Presidente do STF, de ofício determinou a instauração de inquérito para averiguar a prática de crime contra os Ministros do STF e seus familiares, bem como designou como relator o Ministro Alexandre de Moraes. Note que houve clara violação ao princípio do juiz natural, deveria ter distribuído e não designado, ademais a competência para investigação não é do STF, o suposto crime foi praticado CONTRA Ministros e seus familiares e NÃO POR Ministros.

O STF entendeu que a instauração era constitucional. Vejamos:

*É constitucional a Portaria GP 69/2019, por meio da qual o Presidente do STF determinou a instauração do Inquérito 4781, com o intuito de apurar a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e atos que podem configurar crimes contra a honra e atingir a honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros e familiares. Também é constitucional o art. 43 do Regimento Interno do STF, que foi recepcionado pela CF/88 como lei ordinária. **O STF, contudo, afirmou que o referido inquérito, para ser constitucional, deve cumprir as seguintes condicionantes:** a) o procedimento deve ser acompanhado pelo Ministério Público; b) deve ser integralmente observado o Enunciado 14 da Súmula*

Vinculante. c) o objeto do inquérito deve se limitar a investigar manifestações que acarretem risco efetivo à independência do Poder Judiciário (art. 2º da CF/88). Isso pode ocorrer por meio de ameaças aos membros do STF e a seus familiares ou por atos que atentem contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a democracia; e, por fim, d) a investigação deve respeitar a proteção da liberdade de expressão e de imprensa, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais. O art. 43 do RISTF prevê o seguinte: “Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.” Muito embora o dispositivo exija que os fatos apurados ocorram na “sede ou dependência” do próprio STF, o caráter difuso dos crimes cometidos por meio da internet permite estender (ampliar) o conceito de “sede”, uma vez que o STF exerce jurisdição em todo o território nacional. Logo, os crimes objeto do inquérito, contra a honra e, portanto, formais, cometidos em ambiente virtual, podem ser considerados como cometidos na sede ou dependência do STF. STF. Plenário. ADPF 572 MC/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 17 e 18/6/2020 (Info 982).

Promotor requisita a instauração do inquérito, o delegado é obrigado a atender?

1ª posição: requisição é sinônimo de ordem, delegado é obrigado a atender.

2ª posição: requisição não pode ser entendida como uma ordem, pois não há hierarquia entre MP e delegado. Ele atende não porque a requisição é uma ordem, mas sim porque o delegado está no cumprimento do princípio da obrigatoriedade, é sua função.

OBS: Não seria correto o sensato se negar, diante de uma requisição, mesmo que abusiva, pois pode gerar consequências para ele (processo por prevaricação...etc.), dependendo do caso. O ideal, neste caso, é instaurar o inquérito e recorrer ao CNMP ou Corregedoria.

A competência para o HC, será do Tribunal de Justiça.

7.3.3. Requerimento do ofendido/representante legal

O Delegado não é obrigado a instaurar o IP. Contra o indeferimento do delegado, cabe recurso nominado para o chefe de polícia (art. 5º, § 2º, CPP).

Chefe de polícia = Secretário de Segurança Pública na Polícia Civil. Na PF, o Superintendente.

CPP Art. 5º, § 2º Do despacho que INDEFERIR o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

7.3.4. Auto de prisão em flagrante delito

O próprio APF vai ser a peça inaugural do inquérito.

Atenção ao CPPM art. 27 – se o APF for suficiente para a elucidação do fato, o APF constituirá o próprio inquérito. Seria de grande utilidade para o nosso processo penal.

CPPM, Art. 27. Se, por si só, for suficiente para a elucidação do fato e sua autoria, o auto de flagrante delito constituirá o inquérito, dispensando outras diligências, salvo o exame de corpo de delito no crime que deixe vestígios, a



identificação da coisa e a sua avaliação, quando o seu valor influir na aplicação da pena. A remessa dos autos, com breve relatório da autoridade policial militar, far-se-á sem demora ao juiz competente, nos termos do art. 20.

7.3.5. Notícia oferecida por qualquer do povo (“delatio criminis”)

E a *delatio criminis* ANÔNIMA/INQUALIFICADA? O delegado deve instaurar o inquérito? Não deve instaurar de imediato, deve verificar a procedência e veracidade das informações.

Autoridade coatora para fins de HC:

1ª possibilidade: Sempre que o inquérito for instaurado pelo DELEGADO ele será a autoridade coatora (hipóteses ‘1’ – instauração de ofício, ‘2’ – requerimento do ofendido/representante legal, ‘4’ – APF, e ‘5’ – *delatio criminis* acima). Sendo assim o HC irá para o juiz de primeira instância.

2ª possibilidade: Se for instaurado pelo MP. O PROMOTOR (órgão ministerial) será a autoridade coatora, sendo assim quem julgará o HC será o TJ ou TRF (MPF coator).

3ª possibilidade: Se for instaurado por prisão em flagrante, que na verdade é um misto de administrativa e judicial. Enquanto na delegacia (inquérito), administrativa, a autoridade coatora é o DELEGADO, sendo assim o HC será julgado pelo Juiz 1º grau. Porém, se for quando vai para a fase judicial (até 24hrs depois), o juiz que não faz nada (homologação do APF), o HC deverá ser remetido ao TJ, TRF.

8. NOTITIA CRIMINIS

8.1. CONCEITO

Conhecimento da autoridade espontâneo ou provocado de um fato delituoso.

8.2. ESPÉCIES

8.2.1. De cognição imediata (espontânea)

A autoridade policial toma conhecimento do crime por meio de suas atividades rotineiras. Por exemplo, está investigando determinado crime e toma conhecimento de outro delito.

Obs.: O STJ (Info 652) entendeu que é possível a deflagração de investigação criminal com base em matéria jornalística.

8.2.2. De cognição mediata (provocada)

A autoridade policial toma conhecimento do fato por meio de um expediente escrito. Hipóteses: requisição do MP/juiz, requerimento da vítima, notícia por qualquer do povo (por escrito).

8.2.3. De cognição coercitiva

A autoridade policial toma conhecimento do fato pela apresentação do indivíduo preso em flagrante. O APF já seria a peça inaugural do inquérito.



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

8.3. NOTITIA CRIMINIS INQUALIFICADA

Trata-se da denúncia anônima, que pode ser analisada sob dois enfoques.

De um lado, precisamos lembrar que a CF veda o anonimato, a fim de que não existam acusações infundadas e levianas, bem como para permitir a responsabilização do denunciante. Por outro lado, diante da criminalidade existente, é inviável existir a responsabilização do denunciante.

Na prática, os tribunais entendem que a denúncia anônima, por si só, não serve para a instauração de inquérito policial. Assim, antes de determinar a instauração do IP, deve ser verificada a procedência das informações (VPI).

STF: "(...) Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações". (STF, 1ª Turma, HC 95.244/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/03/2010, DJe 76 29/04/2010).

9. INCOMUNICABILIDADE DO INDICIADO PRESO

Está prevista no art. 21 do CPP, observe:

Art. 21: A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

De acordo com o parágrafo único, a incomunicabilidade seria por três dias e seria decretada pelo juiz.

A maioria da doutrina entende que a incomunicabilidade, prevista no art. 21 do CPP, não foi recepcionada pela Constituição Federal, tendo em vista que:

- A Constituição Federal estabelece que o preso tem direito à assistência da família e de advogado.
- Ao discorrer sobre o estado de defesa e o estado de sítio a Constituição estabelece que não seria possível decretar a incomunicabilidade do indiciado preso.

Contudo, uma doutrina minoritária (Damásio, Vicente Greco Filho), defende que tal dispositivo se refere somente a presos políticos e não aos criminosos comuns, motivo pelo qual deve ser observada a regra do art. 21, parágrafo único CPP.

E o RDD (regime disciplinar diferenciado), existe incomunicabilidade? Agendamento e organização de visitas não significam incomunicabilidade. Art. 52 da LEP.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes

características: [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - recolhimento em cela individual; [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo,



Cadernos Sistematizados



@cadernossistematizados



contato@cadernossistematizado.com

a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 6º A visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Assim já decidiu o STJ: “o RDD não fere qualquer princípio ou norma constitucional, não acarretando a sua imposição cumprimento de pena de forma cruel, degradante ou desumana. Outrossim, não contraria regras internacionais sobre a dignidade humana, nem mesmo mencionadas na contrariedade apresentada. Por outro lado, e contrariamente ao sustentado, **prestigia o princípio da individualização do cumprimento da pena**, uma vez que permite tratamento penitenciário desigual aos presos desiguais, seja pela prática de faltas disciplinares graves, seja por seu envolvimento com o crime organizado, seja por fim, pelo alto risco que apresentam para a ordem e a segurança da sociedade e dos presídios comuns (HC 44.049/SP)”.

10. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

10.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A identificação criminal é gênero que possui, na verdade, três procedimentos: a identificação fotográfica, a identificação datiloscópica (colheita de impressões digitais) e identificação do perfil genético.

Antes da CF/88, o civilmente identificado poderia ser submetido à identificação criminal, sem que houvesse constrangimento ilegal. (Súmula 568 do STF, anterior a constituição), MESMO que o agente tivesse sido identificado civilmente.

STF Súmula 568 a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente. (SUPERADA)

Depois da CF/88 – com a introdução do art. 5º, LVIII, o que antes era a regra, tornou-se a **exceção**. Para que se faça essa identificação, ela deverá estar prevista em lei.

[CF Art. 5º LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;](#)

Conclui-se que:

- a) Apenas quando não houver sido identificado civilmente será possível a identificação criminal;



Cadernos Sistematizados



@cadernossistematizados



contato@cadernossistematizado.com

- b) O civilmente identificado poderá ser submetido a identificação criminal, desde que se

encaixe em uma das hipóteses previstas em lei.

10.2. LEIS RELATIVAS À IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Ao longo dos anos, não foram poucas as leis que trataram acerca do assunto.

A primeira lei que abordou o tema foi o art. 109 do ECA, que previu que o adolescente civilmente identificado não seria submetido à identificação criminal, salvo se houvesse dúvida.

O art. 5º, da revogada Lei 9.034/95 (lei das organizações criminosas), previa uma identificação criminal compulsória para pessoas envolvidas com organizações criminosas. A Lei 12.850/2013, nova lei das organizações criminosas, que revogou a Lei 9.034/1995, nada trouxe sobre identificação criminal.

A Lei 10.054/00 foi a primeira lei que passou a tratar, exclusivamente, sobre investigação criminal. Elencava um rol de crimes em que a identificação criminal seria obrigatória.

Em 2009, editou a Lei 12.037/2009, que revogou, expressamente, a Lei 10.054/00, tratando especificamente sobre o assunto.

Segundo Renato Brasileiro, entende-se que a Lei 12.037/2009 revogou todos os dispositivos anteriores sobre o tema, uma vez que trata do assunto de forma exclusiva. Pode-se chegar a esta conclusão através da leitura do art. 1º da referida lei.

Art. 1º O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.

Em 2019, o Pacote Anticrime introduziu o art. 7º-C na Lei 12.037/2009, prevendo o Banco Nacional Multibiométrico, apesar disso a doutrina entende que a biometria não é método de identificação criminal.

Art. 7º-C. Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

10.3. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

As hipóteses estão previstas no art. 3º, da Lei 12.037/2009.



*Art. 3º **Embora apresentado documento de identificação**, poderá ocorrer identificação criminal quando:*

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

*IV – a identificação criminal for **essencial às investigações policiais**, segundo despacho da **autoridade judiciária** competente, ~~que decidirá de ofício ou~~*

mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; **é a única hipótese que demanda autorização judicial prévia.**

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

O juiz não pode mais agir de ofício, deve ser provocado.

Atenção também ao art. 7º e art. 7º-A:

Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - no caso de absolvição do acusado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

10.4. LEI N. 12.654/2012 – COLETA DE MATERIAL GENÉTICO

A Lei 12.654/2012 prevê a possibilidade de ser realizada uma nova espécie de identificação criminal, qual seja, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

ESPÉCIES DE IDENTIFICAÇÃO	
IDENTIFICAÇÃO CIVIL	IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL
É a pessoa que possui um dos documentos de identificação civil, previstos no art. 2º da Lei n. 12.037/2009 (exs.: carteira de identidade, de trabalho, passaporte etc.)	Existem três espécies: a) Identificação fotográfica b) Identificação dactiloscópica (digitais) c) Coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. Obs.: esta última foi acrescentada pela Lei 12.654/2012.



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

A regra constitucional é a de que a pessoa que for civilmente identificada não será submetida à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII). A Lei que traz essas hipóteses é a Lei 12.037/2009.

A Lei 12.654/2012, para permitir a identificação criminal mediante a coleta de material biológico, alterou duas leis:

- a) Lei 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal);
- b) Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

A Lei n. 12.654/2012 prevê a criação de banco de dados de perfis genéticos com o material coletado dos investigados e condenados. Qual é a finalidade dessa coleta e da formação desse banco de dados? Existem inúmeros crimes que cuja execução deixa materiais genéticos como vestígios. Por exemplo, o sêmen do autor no caso de um estupro; gotas de sangue do agressor na hipótese de um homicídio consumado, em que a vítima tentou se defender; fios de cabelo do agente no caso de um furto. Em tais situações, será possível a comparação dos vestígios deixados com as informações constantes desse banco de dados para que se possa descobrir o verdadeiro autor do crime.

Em que hipóteses a nova Lei permitiu a coleta de material biológico da pessoa para a obtenção do perfil genético? Foram previstas duas hipóteses:

- a) Durante as investigações para apurar a autoria de crime;
- b) Quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes.

1ª hipótese: durante as investigações:

- a) Quem determina a coleta de material biológico do investigado para a obtenção do seu perfil genético?

A autoridade judiciária. Nesse caso, a Lei prevê que essa decisão determinando a coleta do material biológico poderá ser tomada de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do MP ou da defesa.

- b) Qual é o requisito para que seja determinada esta coleta?

Somente será determinada a coleta de material biológico do investigado para a obtenção do seu perfil genético se essa prova for essencial às investigações policiais.

- c) Onde ficarão armazenados esses dados do material biológico coletado?

A Lei 12.654 previu que os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

d) Até quando ficarão armazenados estes dados?

A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

e) Ponto polêmico: mesmo sem que a lei preveja, seria possível a coleta do material biológico do acusado durante o processo penal, ou seja, após as investigações?

Entendo que não, considerando que se trata de norma que, por restringir direitos fundamentais do acusado, não pode ser interpretada de forma ampliativa.

Somente em uma situação seria permitida: quando esta coleta tenha sido requerida pela defesa do réu para fins de prova de sua inocência.

2ª hipótese: após o réu ter sido condenado:

A nova Lei acrescentou o art. 9º-A à Lei de Execuções Penais, prevendo o seguinte:



Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no [art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. [\(Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012\)](#)

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

*§ 4º O condenado pelos crimes previstos no **caput** deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)*

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Pontos polêmicos:

a) Para que seja permitida a coleta de material biológico é necessário que a condenação tenha transitado em julgado?

Sim. A Lei não condiciona expressamente que tenha havido o trânsito em julgado, no entanto, essa exigência decorre do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

b) É permitida a coleta de material biológico em caso de crimes equiparados a hediondo (tráfico de drogas, tortura e terrorismo)?

Não. Não é porque tais delitos são equiparados a hediondo que haverá uma simbiose perfeita entre eles. Em verdade, sempre que a lei quis estabelecer tratamento uniforme entre os crimes hediondos e equiparados, ela o fez expressamente, como é o caso do art. 2º da Lei 8.072/90.

Vejamos um quadro comparativo entre as duas hipóteses de coleta de material biológico:

SITUAÇÕES EM QUE É POSSÍVEL A COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO DA PESSOA PARA A OBTENÇÃO DO SEU PERFIL GENÉTICO.	
1ª Hipótese:	2ª Hipótese
A coleta somente pode ocorrer durante as investigações (antes de ser ajuizada a ação penal)	A coleta somente pode ocorrer após a condenação do réu.
Não importa o crime pelo qual a pessoa esteja sendo investigada.	A coleta somente é permitida se o réu foi condenado: Por crime doloso, praticado com violência de natureza grave contra pessoa; ou Por qualquer crime hediondo.
Somente ocorre se se essa prova for essencial às investigações policiais. O objetivo é elucidar o crime específico que está sendo investigado.	É obrigatória por força de lei. O objetivo é o de armazenar a identificação do perfil genético do condenado em um banco de dados sigiloso.
A coleta é determinada por decisão judicial fundamentada, proferida de ofício, ou mediante representação da autoridade policial, do MP ou da defesa.	Não necessita de autorização judicial. A coleta é feita como providência automática decorrente da condenação.



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

Prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei n. 12.037/2009 (inserido pela Lei 12.654/2012).

Prevista no art. 9º-A da LEP (inserido pela Lei 12.654/2012).

Reduzida efetividade da Lei 12.654/2012

a) Caso o investigado ou o condenado se negue a permitir a coleta de material biológico, qual será a consequência para ele?

Nenhuma. Toda pessoa tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. Logo, o indivíduo que se nega a permitir a coleta de material biológico para se autodefender exerce um direito garantido constitucionalmente e, por isso, não pode ser responsabilizado criminal ou disciplinarmente por isso. O Estado não poderá, sob pena de inconstitucionalidade, impor, coativamente, que a pessoa ceda material genético para a coleta, ainda que mínimo, como a saliva.

A Lei 12.654/2012, portanto, prevê mera faculdade para o investigado ou condenado que,

se assim quiser, poderá permitir a coleta de seu material biológico.

Vale mencionar que é pacífico o entendimento do STF de que, por conta do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), o acusado não é obrigado a fornecer padrão vocal ou padrão de escrita para que sejam realizadas perícias que possam prejudicá-lo. Ora, esse mesmo raciocínio será, certamente, aplicado para o fornecimento de material biológico. Vide os precedentes do STF sobre o tema:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO. 1. O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia. HC 83096

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. (HC 77135)

(In) constitucionalidade da Lei n. 12.654/12 - O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral na matéria (RE 973.837). Posicionamentos:

- Há quem entenda que a coleta do material biológico violaria a presunção de inocência e o princípio do “nemo tenetur se detegere”.
- Renato Brasileiro é favorável à Lei, desde que se busque uma técnica adequada e indolor para a coleta do material biológico.

Por fim, o Pacote Anticrime introduziu o art. 9º-A, §8º a LEP, prevendo que a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento genético de identificação constituiu falta grave.

Art. 9º-A, § 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

11. INDICIAMENTO

11.1. CONCEITO

É atribuir a alguém a PROVÁVEL autoria e participação em determinada infração penal.

O indiciamento possui efeitos:

- a) Endoprocessuais: base para o oferecimento da denúncia.
- b) Extraprocessuais: traz o estigma social, sobretudo pela publicidade do ato dado pela mídia.

11.2. MOMENTO

É um ato exclusivo da fase investigatória. Assim, iniciada a fase processual não mais é possível realizar o indiciamento.

Durante a fase investigatória, o indiciamento pode ser feito desde a lavratura do APF, até o relatório final do delegado de polícia.

STJ: (...) Esta Corte Superior de Justiça, reiteradamente, vem decidindo que o indiciamento formal dos acusados, após o recebimento da denúncia, submete os pacientes a constrangimento ilegal e desnecessário, uma vez que tal procedimento, que é próprio da fase inquisitorial, não mais se justifica quando a ação penal já se encontra em curso. Habeas corpus concedido para cassar a decisão que determinou o indiciamento formal dos pacientes, excluindo-se todos os registros e anotações, relativos ao processo que aqui se encontra, sem prejuízo do regular andamento da ação penal (HC 182.455/SP)

11.3. ESPÉCIES DE INDICIAMENTO

11.3.1. Indiciamento Direito

Ocorre quando o indiciado está presente. Toma ciência, pessoalmente, da investigação.

É a regra.

11.3.2. Indiciamento Indireto

Ocorre quando o indiciado está ausente.

Por exemplo, está foragido.

11.4. PRESSUPOSTOS

O indiciamento não é um ato arbitrário, a Lei 12.830/2013 em seu art. 2º, §6º afirma que o indiciamento será um ato fundamentado. Vejamos:

Art. 2º, § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Ademais deve constar no indiciamento elementos informativos quanto:

- 1) À prova da materialidade;
- 2) Aos indícios da autoria (indícios aqui com o significado de prova de menor valor persuasivo – o delegado não precisa ter certeza e sim indícios, prova menos robusta,

11.5. ATRIBUIÇÃO

Ato privativo da autoridade policial (art. 2º, § 6º da Lei 12.830/2013). Não pode o juiz ou MP requisitar o indiciamento de determinado suspeito ao delegado de polícia.



Cadernos Sistematizados

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Art. 2º, § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

STF – Informativo 717: *O indiciamento é ato privativo da autoridade policial, segundo sua análise técnico-jurídica do fato. O juiz não pode determinar que o Delegado de Polícia faça o indiciamento de alguém.*

11.6. DESINDICIAMENTO

É a cassação de anterior indiciamento.

Em tese, pode ser feito pelo próprio delegado de polícia, ao concluir que cometeu um equívoco, bem como pode ser feito pelo Poder Judiciário, nos casos em que, por exemplo, o indiciamento foi feito no curso do processo, foi feito sem os pressupostos.

11.7. SUJEITO PASSIVO DO INDICIAMENTO

Em regra, qualquer pessoa pode ser indiciada.

1ª Exceção – **Membros do MP:** Art. 41, II da lei 8.625/93 - Lei orgânica do MP

2ª Exceção: **Membros da magistratura.** Autos serão remetidos ao presidente do tribunal de justiça (art.33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/79)

Nota-se que nos dois casos acima há vedação legal expressa.

E as pessoas com foro por prerrogativa de função, podem ser indiciadas? Senador, por exemplo. Em relação a parlamentares, não há expressa vedação legal. Então, o STF em um primeiro momento entendeu, na PET 3825, que senadores podiam ser indiciados. **Entretanto, esse entendimento está superado, devido ao Inquérito 2.411, em uma Questão de Ordem** pedida por Gilmar Mendes. Em tal QO, resultou o entendimento que pessoas com foro por prerrogativa de função não podem ser indiciadas sem prévia autorização do ministro-relator ou desembargador relator, dependendo do caso concreto.

OBS1: até mesmo instauração de inquérito precisa da prévia autorização.

OBS2: tem sido dominante no entendimento dos tribunais superiores que o indiciamento realizado à revelia dos elementos mínimos de convicção poderá ser obstado por meio de HC.

11.8. AFASTAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES

Destaca-se o art. 17-D, da Lei 9.613/98 (Lavagem de Capitais) que determina o afastamento AUTOMÁTICO do servidor público de suas funções, quando for indiciado.

Art. 17-D. Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

A doutrina faz crítica a tal dispositivo, considera inconstitucional, pois entende que ofende a Constituição Federal. Para Renato Brasileiro, o afastamento do servidor só pode ser determinado pelo juiz competente, não sendo decorrência automática. Reforça este entendimento, o teor do art. 282, §2º do CPP c/c/ com art. 319, VI do CPP.

Art. 282, § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 319, VI - 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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

12. CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

12.1. PRAZO PARA CONCLUSÃO

PRESO: 10 dias – Este prazo de 10 dias, até o advento do Pacote Anticrime, **não podia ser prorrogado** e caso haja um excesso abusivo a prisão deve ser relaxada, sem prejuízo da continuidade do processo.

O Pacote Anticrime, com redação dada pelo art. 3º-B, §2º do CPP, ainda com a eficácia suspensa, passou a prever que o prazo poderá ser prorrogado por 15 dias, uma única vez, pelo juiz das garantias.

Art. 3º-B, § 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

SOLTO: 30 dias (pode ser prorrogado? Sim, é o que mais acontece na prática)

*CPP Art. 10. O inquérito **deverá terminar no prazo de 10 dias**, se o indiciado tiver sido PRESO em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou **no prazo de 30 dias**, quando estiver SOLTO, mediante fiança ou sem ela.*
§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.
§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.
§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

No primeiro caso (preso), tranquilo, o prazo de 10 dias iniciar-se-á no dia em que for **executada** a ordem de prisão, quer tal decorra de **flagrante**, quer de decretação de **prisão**

preventiva. Este prazo poderá ser prorrogado uma única vez por 15 dias (ainda com a eficácia suspensa), se depois de 25 dias (10 + 15) a investigação não for concluída a prisão será imediatamente relaxada.

No segundo (solto), o prazo de 30 dias começará a fluir da data da **expedição da portaria**, quando se tratar de instauração *ex officio*. Havendo atraso injustificado na expedição da portaria (como por exemplo, constatado a ocorrência em 1º de março e a portaria de instauração editada em 1º de junho), poderá o delegado de polícia responder disciplinarmente e até mesmo por crime de abuso de autoridade (caso comprovado o elemento subjetivo). Entretanto, no caso de instauração provocada por requisição, representação ou requerimento, o prazo fluirá da data em que **recebidos estes documentos pela autoridade policial**.

Excesso de prazo: sendo abusivo e desproporcional, a prisão deverá ser objeto de **relaxamento**. Todavia, um excesso tolerável, não acarretará demais problemas, até porque pode ser compensado no decorrer do processo.

Prazo penal ou processual penal?

- a) Prazo penal: o dia do início é computado.
- b) Prazo processual penal: o dia do início, 1º dia, não é computado.

OBS.: não se aplica a contagem do CPC/15 (apenas em dias úteis)

- c) Prazo solto: prazo processual penal.
- d) Prazo preso: duas correntes - uns entendem que esse prazo trata de direito penal e outros que não, que é um prazo processual penal.

1ª CORRENTE (Nucci, Avena, Tourinho Filho): prazo penal, que deve ser contado à luz do art. 10 do CP, é dizer, o dia do início será computado. Tese MP.

2ª CORRENTE (Renato Brasileiro, Mirabete, Edilson Bonfim): não se pode confundir o prazo da prisão, que tem natureza penal, com o prazo para a conclusão do inquérito, que tem natureza processual. Tese Defensoria.

OBS: prazo da **prisão** (temporária, por exemplo) não se confunde com **prazo para conclusão do IP**.

Prazos para conclusão do IP na legislação especial (exceções)

As exceções são as seguintes:

- Justiça Federal

Réu PRESO 15 dias, réu SOLTO 30 dias. OBS: o prazo pode ser duplicado (art. 66 da lei 5.010/66). A previsão é somente para o prazo do réu preso: 15 dias, podendo ser, por disposição expressa dilatado por mais 15. Como não há previsão para o prazo de réu solto aplica-se analogicamente o prazo previsto no CPP: 30+30.



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

Lei 5.010/66 Art. 66. O prazo para conclusão do inquérito policial **será de quinze dias**, quando o indiciado estiver preso, podendo **ser prorrogado por mais quinze dias**, a pedido, devidamente fundamentado, da **autoridade policial** e deferido pelo Juiz a que competir o conhecimento do processo.

Parágrafo único. Ao requerer a prorrogação do prazo para conclusão do inquérito, a autoridade policial deverá apresentar o preso ao Juiz.

- Lei dos Crimes Contra a Economia Popular. Lei 1521/51

De acordo com a lei, o prazo é de 10 dias, tanto faz se está SOLTO OU PRESO.

LCCEP 1521/51 Art. 10. Terá forma sumária, nos termos do Capítulo V, Título II, Livro II, do Código de Processo Penal, o processo das contravenções e dos crimes contra a economia popular, não submetidos ao julgamento pelo júri.

§ 1º. Os atos policiais (INQUÉRITO ou ~~processo iniciado por portaria~~) deverão terminar no prazo de 10 (dez) dias.

- Lei de drogas (11.343/06)

O art. 51 da 11.343/06 estabelece que IP deverá ser concluído no prazo de **30 dias** se o indiciado estiver PRESO e de **90 dias** se SOLTO. Os prazos podem ser DUPLICADOS, mediante determinação judicial, ouvido o MP.

PRESO

SOLTO

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser DUPLICADOS pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da AUTORIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA.

- Justiça Militar

Inquérito Policial Militar: de acordo com o DL 1.002/69, o IPM deverá ser concluído no prazo de **20 dias** se o investigado estiver **PRESO**, e **40 dias** se estiver **SOLTO**, este último é prorrogável por mais 20.

OBS: o prazo do art. 10 CPP não se aplica à prisão temporária.

- Lei dos Crimes Hediondos

A prisão temporária nos crimes hediondos e equiparados terá o prazo de 30 dias, prorrogado por mais 30 dias, totalizando o prazo máximo de 60 dias.

Art. 2º, § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a [Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989](#), nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. [\(Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007\)](#)

Perceba que 60 dias será o prazo máximo para a conclusão das investigações, nos casos em que o imputado estiver preso acusado de algum crime hediondo ou equiparado.

ESQUEMA GRÁFICO

CPP	10 dias (+15 ainda com a eficácia suspensa)	30 dias (+30)
CPPM	20 dias	40 dias (+20)
JF	15 dias (+15)	30 dias (+30)
Drogas (11.343/06)	30 dias (+30)	90 dias (+90)
Economia popular (1521/51)	10 dias	10 Dias
Prisão temporária em crimes hediondos	30 + 30	Não se aplica

12.2. RELATÓRIO DA AUTORIDADE POLICIAL

É uma peça essencialmente descritiva. Quais diligências realizadas, o que a testemunha disse, entre outros questionamentos são respondidos. NÃO é necessário juízo de valor que deve ser feito pelo titular da ação penal.

A única valoração permitida ao delegado é quanto à autoria e materialidade do delito (não lhe é facultado examinar aspectos relativos à ilicitude da conduta ou culpabilidade do investigado).

Exceção: Em qual hipótese o delegado é obrigado a fazer um juízo de valor? No caso do art. 52, I da lei de drogas, explicar as razões que levaram a classificação do delito, quantidade e indícios que classifiquem como usuário ou como traficante.

LD Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei (30 dias preso ou 90 dias solto), a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou [...]

O relatório é uma peça indispensável? Não. O relatório não é uma peça obrigatória para o oferecimento de denúncia.

12.3. DESTINATÁRIO

De acordo com o CPP, os autos serão remetidos ao **juízo competente**.

Art. 9ª Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao JUIZ COMPETENTE.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

Os autores mais modernos de Processo Penal defendem que o § 1º do art. 10 do CPP não foi recepcionado pela CF/88. O inquérito policial é um procedimento investigatório preliminar, ou seja, que ocorre antes de a questão ser judicializada. Além disso, as diligências são feitas de forma unilateral pela autoridade policial, isto é, sem a participação da defesa. Trata-se, portanto, da versão dos fatos segundo a visão apenas da Polícia e do MP.

Assim, não é o momento adequado para o julgador ter acesso a esses elementos, considerando que não haverá um contraponto imediato feito pela defesa (contraditório), havendo risco concreto de o juiz ser influenciado pela narrativa dos fatos feita pelos órgãos de persecução penal.

Ademais, adotamos o sistema acusatório, segundo o qual as funções de acusar, defender e julgar devem ficar bem separadas, não podendo o magistrado interferir nas diligências investigatórias, salvo quando elas necessitarem de autorização judicial (reserva de jurisdição), como é o caso de uma interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário, decretação de prisão etc.

A doutrina aponta que o inquérito policial deveria tramitar, em regra, apenas entre a Polícia e o Ministério Público e de forma direta, sem o Poder Judiciário como intermediário. Assim, quando o Delegado concluisse o IP, em vez de remeter os autos ao juiz, ele deveria enviar o procedimento diretamente ao Promotor de Justiça/Procurador da República.

De igual modo, se o membro do Parquet desejasse a realização de outras diligências, ele não precisaria, em regra, pedir isso ao juiz, bastando que devolvesse à Polícia com essa requisição.

Essa regra da tramitação direta somente seria excepcionada quando houvesse pedidos que dependessem do Poder Judiciário por implicar relativização de direitos fundamentais.

Vale ressaltar que a tramitação direta, além de ser mais consentânea com a CF/88, revela-se também mais eficiente, econômica e simples, tendo em vista que a passagem do IP pelo Poder Judiciário antes de seguir para a Polícia ou de volta para o MP é uma rotina apenas burocrática, considerando que o juiz não deverá interferir nas diligências investigatórias do IP. Em geral, na prática forense, observa-se a existência de um despacho padrão com palavras como “Vista ao MP” (quando o IP chega da Polícia) ou “Defiro. Encaminhe-se à autoridade policial” (na hipótese em que o MP requisita novas diligências).

Percebendo que o procedimento trazido pelo CPP estava em contrariedade com o sistema acusatório ou, no mínimo, desatualizado, alguns Estados e Tribunais passaram a editar leis estaduais e portarias (respectivamente) prevendo que a tramitação do IP, como regra, deveria ser feita diretamente entre a Polícia e o MP.

A Lei Complementar 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro, foi uma das legislações estaduais que previu a tramitação direta do IP. Confira:

*Art. 35. No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:
(...)*

IV - receber diretamente da Polícia Judiciária o inquérito policial, tratando-se de infração de ação penal pública.

A então Governadora do Estado ajuizou uma ADI contra o dispositivo alegando que seria inconstitucional por violar a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF/88).

Primeira pergunta: esse inciso IV é, de fato, uma norma sobre direito PROCESSUAL penal? NÃO. A premissa invocada na ADI está equivocada. O referido inciso trata sobre a tramitação de inquérito policial. O IP possui natureza jurídica de procedimento. Logo, esse dispositivo é uma norma que versa sobre PROCEDIMENTO em matéria processual (não é uma

norma processual). A competência para legislar sobre PROCESSO é privativa da União (art. 22, I). No entanto, a competência para editar normas sobre PROCEDIMENTO é concorrente, conforme prevê o art. 24, XI da CF/88:

*Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
XI - PROCEDIMENTOS em matéria processual;*

Dessa feita, em matéria de procedimento, cabe à União estabelecer as normas gerais (art. 24, § 1º) e os Estados têm competência para suplementar, ou seja, complementar (detalhar) essas normas gerais.

Segunda pergunta: a União editou normas gerais prevendo o PROCEDIMENTO do inquérito policial? SIM. As normas procedimentais sobre o inquérito policial estão previstas principalmente no Código de Processo Penal. Essas são as normas gerais trazidas pela União conforme autoriza o § 1º do art. 24 da CF/88. Logo, agora resta avaliarmos se o inciso IV do art. 35 da LC estadual n.106/2003 está de acordo com as normas gerais (CPP).

Terceira pergunta: a tramitação direta do IP prevista no inciso IV do art. 35 da LC 106/2003 é compatível com o CPP? NÃO. O STF entendeu que esse inciso IV contraria a regra do § 1º do art. 10 do CPP (ADI 2886/RJ, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgada em 3/4/2014). Para o STF, o Estado-membro tem competência para legislar sobre o tema, ou seja, pode editar normas sobre o procedimento do IP. No entanto, ao fazê-lo, somente pode complementar as normas gerais trazidas pelo CPP. Ocorre que esse inciso IV da Lei fluminense estabeleceu uma regra contrária à norma geral editada pela União. Assim, o inciso IV é inconstitucional, não por afrontar o art. 22, I, da CF/88, mas sim por violar o § 1º do art. 24 da Carta Magna. Frustrando a doutrina, a maioria dos Ministros do STF concluiu que o § 1º do art. 10 do CPP foi recepcionado pela CF/88 e que se encontra em vigor. Desse modo, o Supremo entendeu que é INCONSTITUCIONAL lei estadual que preveja a tramitação direta do inquérito policial entre a Polícia e o Ministério Público.

Por meio da Resolução 063/2009, o Conselho da Justiça Federal também determinou a tramitação direta do IP entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. Por força da Resolução, atualmente, no âmbito da Justiça Federal, se o DPF pede a dilação do prazo para as investigações ou apresenta o relatório final, o IP não precisa ir para o Juiz Federal e depois ser remetido ao MPF. O caminho é direto entre a PF e o MPF, sendo o próprio membro do Parquet quem autoriza a dilação do prazo.

De igual modo, se o Procurador da República deseja a realização de outras diligências, ele não precisa, em regra, pedir isso ao juiz, bastando que devolva à PF com essa requisição.

Essa regra da tramitação direta somente é excepcionada quando há pedidos que dependam do Juiz Federal, como é o caso de busca e apreensão, interceptação telefônica, quando se tratar de investigado preso etc.

A Resolução 063/2009-CJF também foi impugnada no STF por meio da ADI n. 4305, ajuizada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. O Relator é o Min. Ricardo Lewandowski e não há previsão de julgamento. Diante desse precedente acima explicado, existe um risco de que a ADI 4305 seja julgada procedente já que o STF considerou que o § 1º do art. 10 do CPP ainda é válido. Existe, no entanto, a possibilidade de que o Supremo decida de forma diferente. Isso porque o veredicto na ADI 2886/RJ foi construído por apertada maioria e dois Ministros que participaram da corrente vencedora já estão aposentados (Eros Grau e Carlos Velloso).

12.4. PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS PELO JUÍZO COMPETENTE

- a) Se o crime for de ação penal pública, os autos são remetidos ao MP (vista ao MP).
- b) Se o crime é de ação penal privada, os autos ficam em cartório aguardando a iniciativa da vítima.

*Art. 19. Nos crimes em que não couber ação pública, **os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente**, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.*

13. VISTAS AO MP

13.1. AÇÃO PENAL PRIVADA

O MP solicita a permanência dos autos em cartório até que o ofendido dê andamento à ação penal.

Art. 19. Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

13.2. AÇÃO PENAL PÚBLICA

A depender do caso concreto, o MP terá as seguintes possibilidades:

- a) Oferecer denúncia contra a pessoa suspeita de ter cometido o crime, caso entenda que já há indícios suficientes de autoria e prova da materialidade;
- b) Requerer ao juiz que devolva os autos ao Delegado de Polícia para que sejam realizadas novas diligências investigatórias, se entender que ainda não há elementos informativos suficientes;
- c) Decisão de arquivamento do inquérito policial, caso conclua que não há crime ou que não existem “provas” suficientes, mesmo já tendo sido feitas todas as diligências investigatórias possíveis;
- d) Requerer ao juiz que decline a competência ou que suscite conflito de competência, caso avalie que o atual juízo não é competente para apurar o delito investigado.
- e) Acordo de não persecução penal

13.2.1. Oferecimento da denúncia

Estudaremos a denúncia em ação penal.

13.2.2. Requerimento de diligências

Somente se forem indispensáveis ao oferecimento de denúncia, conforme disposto no art. 16 do CPP.

*Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, **IMPRESINDÍVEIS ao oferecimento da denúncia**.*

Salienta-se que o art. 31 da Lei de Abuso de Autoridade criminaliza a conduta de estender injustificadamente a investigação, poderia ser caracterizado, por exemplo, quando houver solicitação de diligências desnecessárias.

Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Essa requisição deve ser feita diretamente à autoridade policial (poder de requisição conferido ao MP pela CF), salvo quando houver necessidade de autorização judicial.

Pode o juiz INDEFERIR o pedido de diligências? Não, porque não cabe ao juiz à análise desses elementos neste momento, aqui ele estaria realizando um ato tumultuário, pois interferindo no desenvolvimento da convicção do MP, titular da ação penal. Caso o juiz indefira o pedido de devolução dos autos à autoridade policial, caberá **Correção Parcial**.

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

...

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

13.2.3. Decisão de arquivamento do IP

Será estudado abaixo.

13.2.4. Alegação de incompetência do juízo e pedido de remessa dos autos ao juízo competente (*declinatori fori*)

Deve ser formulado quando o MP concluir que o juízo perante o qual atua não tem competência para o julgamento do feito.

Será estudado abaixo, de forma mais detalhada.

13.2.5. Suscitar conflito de competência ou conflito de atribuição

OBS: Alegação de incompetência # conflito de competência.

Na alegação o juiz “de cara”, quando se depara primeiramente com o processo, alega ser incompetente (exemplo: o inquérito é remetido da autoridade policial e o juiz se declara incompetente). No conflito de competência, já está ocorrendo discordância quanto à competência até que chegue ao juízo atual, então a autoridade, se deparando com o processo, suscita o conflito.

Em suma, diferencia-se da hipótese anterior, pois, neste caso, já houve prévia manifestação de outro órgão jurisdicional no sentido da (in) competência.

14. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

14.1. CONCEITOS

Trata-se de instrumento que visa dirimir eventual controvérsia entre duas ou mais autoridades judiciárias acerca da (in) competência para o processo e julgamento de determinada demanda.

Previsto nos arts. 113 a 117 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.

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.

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.

Art. 117. O Supremo Tribunal Federal, mediante advocatória, restabelecerá a sua jurisdição, sempre que exercida por qualquer dos juízes ou tribunais inferiores.

Por exemplo, Juiz federal do RJ e de SP.

14.1.1. Conflito Positivo

Duas ou mais autoridades judiciárias se consideram competentes para apreciar o caso concreto.

14.1.2. Conflito Negativo

Duas ou mais se consideram incompetentes para apreciar o caso concreto.



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

OBS: ao julgar o CC, nada impede que um tribunal reconheça a competência de um juízo que não está no conflito.

ATENÇÃO para o limite temporal previsto na súmula 59 do STJ.

*Súmula 59 STJ – Não há conflito de competência se já existe **sentença com o trânsito em julgado**, proferida por um dos juízos conflitantes.*

14.2. CASUÍSTICA

Exemplo1: JE (MG) x JF (MG) = STJ

Exemplo2: JF (MS) x JF (SP) = quem julga o conflito de competência é o TRF da 3ª região.

Exemplo3: JF (MS) x JF (AM) = quem julga é o STJ, neste caso (vai subindo).

Exemplo4: STM x JF (RJ) = sempre que envolver um tribunal superior, quem decide é o STF.

14.2.1. Qual a competência para julgar conflito?

- 1) **STF*** – entre o STJ e qualquer tribunal, entre Tribunais Superiores e entre estes e qualquer tribunal. **“Se tiver tribunal superior no meio” – é o STF.**

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

...

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

- 2) **TJ/TRF*** - **envolvendo juízes a eles vinculados**. Se o conflito envolver juízes vinculados a tribunais diversos, a competência será do STJ.

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

...

e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

- 3) **STJ** – entre quaisquer tribunais (ressalvado o disposto no 102, I, ‘o’ – STF), bem como entre tribunal e juiz a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos. Sua competência aqui é imensa – **“restante”**.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

...

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

14.2.2. Caso especial: conflito de competência entre Juizado Especial Federal e Juízo Comum Federal

A competência era do STJ. Súmula 348 do STJ.

*STJ Súmula: 348 Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária. **Superada!***

Súmula 348 foi cancelada. Editada nova súmula:

STJ SÚMULA 428 - Compete ao TRF decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária.

*Erro: “seção”? Seção é o Estado, ele quis dizer com “mesma seção judiciária” os que estão submetidos ao mesmo TRF (região).

Assim a súmula 348 do STJ é PARCIALMENTE superada, já que o STJ ainda terá competência para julgar conflito entre juiz federal e juiz de juizado especial federal que estejam vinculados a tribunais (regiões) diversos.

Dica: sempre ir subindo na ‘escala’, e achar o tribunal a qual os dois conflitantes estejam submetidos. Encontrar o “órgão jurisdicional comum”.

15. CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO

*Dizer o Direito².

Algumas vezes, os membros do Ministério Público instauram investigações que tramitam no âmbito da própria instituição. Neste caso, em regra, tais procedimentos não são levados ao Poder Judiciário salvo quando irá ser oferecida a denúncia ou, se for necessária alguma medida que dependa de autorização judicial (ex: interceptação telefônica).

A regra geral, no entanto, é que os procedimentos de investigação conduzidos diretamente pelo MP tramitem exclusivamente no âmbito interno da Instituição.

Ex: um Promotor de Justiça instaurou, no MPE, procedimento de investigação para apurar crimes relacionados com um cartel mantido por donos de postos de combustíveis. Ocorre que o Procurador da República também deflagrou, no âmbito do MPF, um procedimento investigatório para apurar exatamente o mesmo fato. Temos, então, dois membros diferentes do Ministério Público investigando o mesmo fato. Vale ressaltar que nenhum deles formulou qualquer pedido judicial, de sorte que o Poder Judiciário não foi provocado e os procedimentos tramitam apenas internamente.

Neste caso, indaga-se: se dois membros do Ministério Público divergem sobre quem deverá atuar em uma investigação, como isso é chamado? Teremos aqui também um conflito de competência?

Não. Neste caso, teremos um CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES.

"O conflito de atribuições não se confunde com o conflito de competência. Cuidando-se de ato de natureza jurisdicional, o conflito será de competência; tratando-se de controvérsia entre

² <https://www.dizerodireito.com.br/2020/06/conflito-de-atribuicoes-entre-mpf-e-mpe.html>

órgãos do Ministério Público sobre ato que caiba a um deles praticar, ter-se-á um conflito de atribuições." (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1113).

Obs.: mais uma vez, chamo atenção para o fato de que só existe conflito de atribuições se a divergência ficar restrita aos membros do Ministério Público. Se os juízes encamparem as teses dos membros do MP, aí eles discordarão entre si e teremos no caso um "falso conflito de atribuições" (expressão cunhada por Guilherme de Souza Nucci). Diz-se que há um falso conflito de atribuições porque, na verdade, o que temos é um conflito entre dois juízes, ou seja, um conflito de competência.

Conflito de atribuições pode se dar tanto em matéria criminal como cível:

Apesar de os exemplos acima fornecidos envolverem a investigação de crimes, é importante esclarecer que o conflito de atribuições poderá ocorrer também em apuração de infrações cíveis, como o caso de improbidade, meio ambiente, consumidor e outros direitos difusos e coletivos.

Ex.: um Promotor de Justiça e um Procurador da República divergem quanto à atribuição para a condução de inquérito civil que investiga suposto superfaturamento na construção de conjuntos habitacionais com recursos financeiros liberados pela Caixa Econômica Federal e oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). A Procuradoria da República no Paraná entendeu que esta atribuição seria do Promotor de Justiça, mas o MPE discordou em considerou que a apuração deveria ser de competência do MPF já que envolvia recursos oriundos da CEF (STF ACO 924).

Caso haja um conflito de atribuições entre membros do Ministério Público, quem irá decidir qual dos dois órgãos irá atuar?

Depende. Podemos identificar quatro situações diferentes:

SITUAÇÃO 1: Se o conflito se dá entre Promotores de Justiça do Ministério Público de um mesmo Estado (ex: Promotor de Justiça de Iranduba/AM e Promotor de Justiça de Manaus/AM):

Neste caso, a divergência será dirimida pelo respectivo **Procurador-Geral de Justiça**. Veja:

Lei nº 8.625/93

Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito;

SITUAÇÃO 2 Se o conflito se dá entre Procuradores da República (ex: um Procurador da República que oficia em Manaus/AM e um Procurador da República que atua em Boa Vista/RR):

Nesta hipótese o conflito será resolvido pela **Câmara de Coordenação e Revisão** (órgão colegiado do MPF), havendo possibilidade de recurso para o Procurador-Geral da República. Confira:



LC 75/93

Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:

Cadernos Sistematizados

[@cadernossistematizados](https://www.instagram.com/cadernossistematizados) contato@cadernossistematizado.com

VII - decidir os conflitos de atribuições entre os órgãos do Ministério Público Federal.

Art. 49. São atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público Federal:

VIII - decidir, em grau de recurso, os conflitos de atribuições entre órgãos do Ministério Público Federal;

SITUAÇÃO 3 - Se o conflito se dá entre integrantes de ramos diferentes do Ministério Público da União (ex: um Procurador da República e um Procurador do Trabalho):

O conflito será resolvido pelo **Procurador-Geral da República**:

LC 75/93

Art. 26. São atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público da União:

VII - dirimir conflitos de atribuição entre integrantes de ramos diferentes do Ministério Público da União;

SITUAÇÃO 4 - Se o conflito se dá entre Promotores de Justiça de Estados diferentes (ex: Promotor de Justiça do Amazonas e Promotor de Justiça do Acre)? Se o conflito se dá entre um Promotor de Justiça e um Procurador da República (ex: Promotor de Justiça do Amazonas e Procurador da República que oficia em Manaus/AM)?

Posição adotada até 2016: STF

Afirmava que este conflito de atribuições deveria ser dirimido pelo próprio STF.

O Ministério Público é um órgão. Seus membros também são órgãos. Um Promotor de Justiça é um órgão estadual. Um Procurador da República é um órgão da União.

Se dois Promotores de Justiça de Estados diferentes estavam divergindo sobre a atuação em uma causa, o que nós tínhamos era uma divergência entre dois órgãos de Estados diferentes.

Se um Promotor de Justiça e um Procurador da República discordavam sobre quem deveria atuar no caso, o que nós tínhamos era uma dissonância entre um órgão estadual e um órgão federal.

Logo, nestas duas situações, quem deveria resolver este conflito seria o STF, conforme

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;*

Posição adotada de 2016 até junho de 2020: PGR

Neste período, o STF passou a decidir que a competência para dirimir estes conflitos de atribuição seria do **Procurador-Geral da República**:

Compete ao PGR, na condição de órgão nacional do Ministério Público, dirimir conflitos de atribuições entre membros do MPF e de Ministérios Públicos estaduais. STF. Plenário. ACO 924/PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/5/2016 (Info 826).

Posição atual: CNMP

O STF mudou novamente de posição e agora entende que:

*Compete ao CNMP dirimir conflitos de atribuições entre membros do MPF e de Ministérios Públicos estaduais.
STF. Plenário. ACO 924/SP, Rel. para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 05/06/2020.*

Essa nova posição representa o acolhimento, pelo STF, de uma tese institucional defendida pelos Ministérios Públicos estaduais que não concordavam com o entendimento de que a competência para dirimir esse conflito seria do PGR.

A nova posição foi capitaneada pelo Min. Alexandre de Moraes, que apresentou os seguintes argumentos:

“Discordo, entretanto, do encaminhamento do conflito de atribuição para o Procurador-Geral da República, enquanto autoridade competente, pois é parte interessada na solução da demanda administrativa, uma vez que acumula a Chefia do Ministério Público da União com a chefia de um de seus ramos, o Ministério Público Federal, nos termos da LC 75/1993.

(...)

(...) constitucionalmente, o Ministério Público abrange duas grandes Instituições, sem que haja qualquer relação de hierarquia e subordinação entre elas (STF, RE 593.727/MG – Red. p/Acórdão Min. GILMAR MENDES): (a) Ministério Público da União, que compreende os ramos: Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios; (b) Ministério Público dos Estados.

Não há, portanto, hierarquia entre o Ministério Público da União ou qualquer de seus ramos específicos e os Ministérios Públicos estaduais (...)

Com tal premissa, não parece ser mais adequado que, presente conflito de atribuição entre integrantes do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal, o impasse acabe sendo resolvido monocraticamente por quem exerce a chefia de um deles, no caso o Procurador-Geral da República.

(...)

A interpretação sistemática da Constituição Federal, após a edição da EC 45/2004, aponta como mais razoável e compatível com a própria estrutura orgânica da Instituição reconhecer no Conselho Nacional do Ministério Público a necessária atribuição para solucionar os conflitos de atribuição entre seus diversos ramos, pois, constitucionalmente, tem a missão precípua de realizar o controle de atuação administrativa e financeira do Ministério

Público.

Assim, no âmbito interno e administrativo, não tendo vinculação direta com qualquer dos ramos dos Ministérios Públicos dos entes federativos, mas sendo por eles composto, o CNMP possui isenção suficiente para definir, segundo as normas em que se estrutura a instituição, qual agente do Ministério Público tem aptidão para a condução de determinado inquérito civil, inclusive porque, nos termos do § 2º do art. 130-A, é sua competência o controle da atuação administrativa do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, inclusive, zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, bem como pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, entre eles, aqueles atos que deram ensejo ao conflito de atribuições.

A interpretação sistemática dos preceitos constitucionais da Instituição, portanto, aponta a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir essa modalidade de conflito de atribuição com fundamento no artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal.

Com amparo nesses preceitos constitucionais, estaria o referido órgão colegiado, ao dirimir o conflito de atribuição, exercendo o controle da atuação administrativa do Ministério Público e, ao mesmo tempo, zelando pela autonomia funcional e independência da instituição.

A solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP 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.”

Entendimento vale tanto para conflitos entre MPE e MPF como também para conflitos entre Promotores de Estados diferentes

Vale ressaltar que o caso apreciado pelo STF dizia respeito a um conflito de atribuições entre um Procurador da República e um Promotor de Justiça. No entanto, pelos debates entre os Ministros, percebe-se que a solução adotada vale também para os conflitos envolvendo Promotores de Justiça de Estados-membros diferentes.

Se dois Promotores de Justiça de Estados diferentes divergirem quanto à atuação em um caso, este conflito de atribuições será dirimido pelo CNMP.

Resumindo:

QUEM DECIDE O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO?	
MPE do Estado 1 x MPE do Estado 1	Procurador-Geral de Justiça do Estado1
MPF x MPF	CCR, com recurso ao PGR
MPU (ramo 1) x MPU (ramo 2)	Procurador-Geral da República
MPE x MPF	CNMP
MPE do Estado 1 x MPE do Estado 2	CNMP

Inexistência de vinculação para o Poder Judiciário

Vale, por fim, uma observação. O Poder Judiciário não fica vinculado à decisão do CNMP.

Assim, suponhamos que, em um conflito de atribuições, o CNMP afirme que a atribuição para investigar e denunciar o réu é do Procurador da República.

Diante disso, o Procurador da República oferece denúncia na Justiça Federal. O Juiz Federal estará livre para reapreciar o tema e poderá entender que a competência não é da Justiça Federal, declinando a competência para a Justiça Estadual. Caso o Juiz de Direito concorde, seguirá no

processamento do feito. Se discordar, deverá suscitar conflito de competência a ser dirimido pelo STJ (art. 105, I, “d”, da CF/88).

O certo é que a decisão do CNMP produz efeitos vinculantes apenas interna corporis, sendo uma decisão de cunho administrativo, não vinculando os juízos que irão apreciar a causa.

16. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

16.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Pacote Anticrime alterou a sistemática do procedimento de arquivamento do inquérito policial, dando nova redação ao art. 28 do CPP.

ANTES DA LEI 13.694/2019	APÓS A LEI 13.694/2019
Art. 28: Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação (qualquer peça de investigação distinta do IP), o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.	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. § 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. § 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.
O juiz possuía uma função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade. Colocava a imparcialidade em cheque, tendo em vista que o magistrado que rejeitava o arquivamento, iria, caso fosse oferecida denúncia, julgar o feito.	O controle o arquivamento caberá, exclusivamente, ao Ministério Público. Portanto, a decisão de arquivamento não está mais sujeita ao controle jurisdicional.

16.2. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ART. 28

Importante consignar que **a eficácia do art. 28, caput, do CPP, na redação dada pela Lei 13.964/19, foi suspensa** em virtude de medida cautelar concedida pelo Min. Luiz Fux nos autos da ADI 6.305 (22/01/2020). Determinou, ademais, nos termos do art. 11, §2º, da Lei 9.868/99, que a redação revogada do art. 28 do CPP permaneça em vigor enquanto perdurar esta medida cautelar.

Na condição de Relator das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, todas ajuizadas em face da Lei n. 13.964/19, o Min. Luiz Fux (j. 22/01/2020) suspendeu sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, da implantação do

juiz das garantias e de seus consectários (CPP, arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F), da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (CPP, art. 157, §5º), da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (CPP, art. 28, caput) e da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (CPP, art. 310, §4º)

A suspensão foi baseada no exíguo prazo (30 dias) para a implementação da nova sistemática do arquivamento do inquérito.

16.3. (IM) POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO EX OFFICIO

Mesmo antes da Lei 13.964/2019, o juiz não podia ordenar o arquivamento do IP “ex officio”, nem mesmo nos casos de foro por prerrogativa de função. Se o fizer, enseja-se ao MP o ingresso de pedido de **Correção Parcial**.

STF: “(...) deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas. In casu: (i) inquérito destinado a apurar a conduta de parlamentar, supostamente delituosa, foi arquivado de ofício pelo i. Relator, sem prévia audiência do Ministério Público; (ii) não se afigura atípica, em tese, a conduta de Deputado Federal que nomeia funcionário para cargo em comissão de natureza absolutamente distinta das 2 www.g7juridico.com.br funções efetivamente exercidas, havendo juízo de possibilidade da configuração do crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do Código Penal)”. (STF, Pleno, Inq. 2.913 AgR/MT, Rel. Min. Luiz Fux, j. 1º/03/2012, DJe 121 20/06/2012).

Obs.: O arquivamento pode ser de qualquer procedimento investigatório, não se restringe ao inquérito policial. Assim, por exemplo, um procedimento investigatório presidido pelo MP pode ser arquivado; um termo circunstanciado pode ser arquivado. Vide art. 28 do CP.

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)

16.4. FIM DO CONTROLE JUDICIAL

Como visto acima, o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) acabou com o controle judicial sobre o arquivamento. Assim, a decisão de arquivamento passa a ser exclusiva do Ministério Público.

Observe o Enunciado nº 8 do CNPG (não possui efeito vinculante, trata-se de uma orientação) acerca do assunto:

Enunciado n. 8 CNPG - A nova redação do art. 28 do CPP, em harmonia com o princípio acusatório, dispõe que o arquivamento do inquérito policial não se reveste mais de um mero pedido, requerimento ou promoção, mas de verdadeira decisão de não acusar, isto é, o promotor natural decide não proceder à ação penal pública, de acordo com critérios de legalidade e oportunidade, tendo em vista o interesse público e as diretrizes de política criminal definidas pelo próprio Ministério Público.

16.5. NATUREZA COMPLEXA

O arquivamento é uma decisão complexa, tendo em vista que a decisão do Promotor Natural

deverá ser homologada pela instância de revisão ministerial.

Enunciado n. 7 CNPG - Compete exclusivamente ao Ministério Público o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza. Trata-se de ato composto, constituído de decisão do promotor natural e posterior homologação pela instância de revisão ministerial (Procurador-Geral de Justiça ou órgão delegado).

16.6. COMUNICAÇÃO DA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO

Após a determinação do arquivamento, o MP deverá comunicar à vítima, ao investigado e à autoridade policial.

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)
§ 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)

Salienta-se que há uma aparente antinomia entre o *caput* e o §1º do art. 28 do CPP, tendo em vista que o *caput* determina a remessa dos autos a instância de revisão ministerial, já o §1º dá a entender que a remessa será feita apenas quando a vítima ou o seu representante legal fizessem pedido nesse sentido.

De acordo com Renato Brasileiro, a aparente antinomia deve ser resolvida da seguinte forma:

1º - Promotor Natural profere decisão de arquivamento;

2º - Comunicação à vítima, ao investigado, à polícia e ao juiz das garantias (visão de Renato Brasileiro);

Enunciado n. 14 do CNPG - Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer elemento de informação, o órgão de execução do Ministério Público comunicará a vítima, o investigado e a autoridade policial, da forma mais célere possível, preferencialmente por meio eletrônico, inclusive por aplicativos de troca de mensagens ou recurso tecnológico similar, na forma de regulamentação própria. Não sendo localizadas, a comunicação da vítima e/ou investigado poderá ser por edital no Diário Oficial do Ministério Público, na forma de regulamentação própria

3º - Conta-se prazo de 30 dias;

4º - Autos são encaminhados à instância de revisão ministerial, obrigatoriamente.

Apesar de o art. 28 do CPP não prever, a comunicação também deve ser feita ao juiz das garantias, tendo em vista que deve ser informado da instauração do inquérito, nada mais lógico do que saber do arquivamento. De acordo com Renato Brasileiro, a comunicação ao juiz das garantias deve ser imediata, a fim de que cesse eventual medida cautelar em curso.

16.7. RECURSO CONTRA O ARQUIVAMENTO

Em regra, a decisão de arquivamento é irreconhecível.

CF Art. 5º, LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

OBS: Diante do arquivamento Subsidiária é só na inércia do

CP Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

Havia três exceções:

- a) Art. 7º da Lei 1.521/51 – crime contra a economia popular ou contra a saúde, a decisão estava sujeita a reexame necessário;

*Art. 7º Os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial. **Revogação tácita***

- b) Art. 6º da Lei 1.521/51 – o autor da representação poderia interpor RESE se o arquivamento fosse determinado.



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

Art. 6º Quando qualquer do povo provocar a iniciativa do Ministério Público, nos termos do art. 27 do CPP, para o processo tratado nesta Lei, a representação, depois do registro pelo distribuidor do juízo, será por este enviada, incontinenti, ao Promotor Público, para os fins legais.

*Parágrafo único. Se a representação for arquivada, poderá o seu autor interpor recurso no sentido estrito. **Revogação tácita***

- c) Arquivamento nas hipóteses de atribuição originária do PGJ:

Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe:

(...)

XI – rever, mediante requerimento do legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária

Com as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, como não compete mais ao juiz homologar ou não o arquivamento, não caberá recurso, salvo no caso de determinação de arquivamento pelo PGJ em relação às hipóteses de competência originária (art. 12, XI da Lei 8.625/93).

16.8. INSTÂNCIA MINISTERIAL

No âmbito do Ministério Público Estadual, a instância de revisão caberá ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 10, IX, “d”, da Lei Orgânica do MP.

Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

IX – designar membros do Ministério Público para:

(...)

d) Oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações;

No âmbito do MPF e do MPDFT, como integram o MPU, a instância de revisão ministerial será feita pelas câmaras de coordenação de revisão.

LC n. 75/93 - Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão:

(...)

IV – manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral;

Importante consignar que caberá à instância ministerial:

- a) Confirmar o arquivamento, homologando-o;
- b) Requisitar diligências;



Cadernos Sistematizados

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

c) Designar outro Promotor para oferecer denúncia. Prevalece o entendimento de que se será, pelo menos em tese, obrigado a oferecer a denúncia, sem prejuízo de eventual pedido de absolvição.

*Enunciado n. 11 CNPG - Ao receber os autos com decisão de arquivamento, o órgão de revisão ministerial (Procurador-Geral de Justiça ou órgão delegado) poderá homologá-la, ou, em caso de discordância, designar **outro membro** para continuar as investigações ou oferecer denúncia*

16.9. (IM) POSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE ENUNCIADOS PELA INSTÂNCIA DE REVISÃO MINISTERIAL

Em razão da grande demanda de arquivamento que a instância ministerial de revisão irá receber, a doutrina passa a sustentar a possibilidade de edição de enunciados que poderão ser utilizados como fundamento de arquivamento, sem a necessidade de remessa.

Por exemplo, a instância de revisão ministerial do MP/SC elabora um enunciado definindo como parâmetro, para arquivamento com base no princípio da insignificância, o valor de R\$100,00. Todos os arquivamentos que forem fundamentados no enunciado não precisarão ser remetidos para revisão, salvo se no prazo de 30 dias houver manifestação de inconformismo da vítima.

16.10. FUNDAMENTOS PARA O ARQUIVAMENTO

O CPP não traz previsão explícita acerca dos fundamentos para o arquivamento. A doutrina entende que os fundamentos estão previstos de maneira implícita no CPP, conjugando-se o art. 395, II e III (causas de rejeição da peça acusatória), art. 397 (causas de absolvição sumária – julgamento antecipado da lide).

Os fundamentos são os seguintes:

- a) Atipicidade formal ou material;
- b) Excludente da ilicitude/culpabilidade (salvo inimizabilidade);
- c) Causa extintiva da punibilidade;
- d) Ausência de elementos informativos quanto à autoria e materialidade.

16.10.1. Atipicidade formal ou material

Atipicidade Formal: juízo de adequação, verificar se a conduta se adequa ao tipo penal, ocorre quando a conduta não se encaixa em nenhum tipo penal.

Atipicidade Material: princípio da insignificância ou bagatela.

Exemplo: âmbito tributário penal, STF e STJ até 20 mil é insignificante, conduta atípica.

16.10.2. Excludente da ilicitude/Excludente da culpabilidade, SALVO inimizabilidade

No caso de inimputável, deve ser denunciado, porém com pedido de absolvição imprópria = medida de segurança.



Cadernos Sistematizados

Instagram: @cadernossistematizados | E-mail: contato@cadernossistematizado.com

OBS: na dúvida, de acordo com a doutrina majoritária, o promotor deve denunciar (*in dubio pro societatis*). Mas o juiz, na dúvida, na hora da sentença, quanto às descriminantes ou exculpantes, deve absolver (*in dubio pro reo*).

16.10.3. Causa extintiva da punibilidade

Questão interessante, diz respeito a CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. Então, como promotor, quando juntarem certidão de óbito, é melhor requisitar ao cartório para comprovar. Mas pode ainda no cartório estar tudo bem, visto que o agente pode ter feito uso de atestado de óbito falso.

Caso o juiz venha a extinguir a punibilidade com esta certidão de óbito falsa, de acordo com o STF, como a decisão se baseou em um ATO INEXISTENTE, não será considerada válida, podendo então o indivíduo ser processado novamente.

16.10.4. Ausência de elementos informativos quanto à autoria e materialidade

Grande parte dos arquivamentos.

16.11. COISA JULGADA NA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO

Coisa julgada ocorre quando estamos diante de uma decisão judicial que não comporta mais recurso, tornando-se imutável.

- Coisa Julgada Formal: é a imutabilidade da decisão no processo em que foi proferida. Neste processo não poderá ser modificada, mas em outro sim.
- Coisa Julgada Material: pressupõe a formal, é a imutabilidade da decisão fora do processo no qual aquela foi proferida.

Antes do Pacote Anticrime, a depender do fundamento utilizado na promoção de arquivamento ocorreria coisa julgada formal ou coisa julgada formal e material.

A seguir reproduzimos o quadro do Prof. Renato Brasileiro sobre a espécie de coisa julgada em cada fundamento da promoção de arquivamento.

FUNDAMENTOS DO ARQUIVAMENTO	ESPÉCIE DE COISA JULGADA
Ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação	FORMAL
Falta de justa causa	FORMAL
Atipicidade	FORMAL E MATERIAL
Excludente de ilicitude	FORMAL E MATERIAL* (doutrina)
Excludente de culpabilidade	FORMAL E MATERIAL
Excludente da punibilidade	FORMAL E MATERIAL

Obs.: nas duas primeiras analisam-se apenas questões processuais, por isso a coisa julgada formal.

Ressalta-se que o STF possui precedentes afirmando que a causa excludente da ilicitude faz coisa julgada formal, sendo possível o desarquivamento.

STF: “(...) O arquivamento de inquérito, a pedido do Ministério Público, em virtude da prática de conduta acobertada pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal (CPM, art. 42, inciso III), não obsta seu desarquivamento no surgimento de novas provas (Súmula nº 5241/STF). Precedente. Inexistência de impedimento legal para a reabertura do inquérito na seara comum contra o paciente e o corréu, uma vez que subsidiada pelo surgimento de novos elementos de prova, não havendo que se falar, portanto, em invalidade da condenação perpetrada pelo Tribunal do Júri. 3. Ordem denegada. STF, 2ª Turma, HC 125.101/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25/08/2015, DJe 180 10/09/2015.

Com o advento do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), o arquivamento passou a ser decisão administrativa, ou seja, não é mais uma decisão judicial. Portanto, tecnicamente, não há mais como se falar em coisa julgada (atributo das decisões judiciais). Diante disso, indaga-se: ainda existe coisa julgada no arquivamento de inquérito?

1ªC (Ministério Público) – entende que como se trata de uma decisão administrativa, não está mais sujeito à apreciação judicial, o arquivamento do inquérito policial ou qualquer outro elemento de informação de mesma natureza, consequentemente, não está mais sujeito aos efeitos da coisa julgada formal ou material.

2ªC (Renato Brasileiro) - “sem embargo do equívoco em se falar em coisa julgada administrativa, queremos que em fiel observância em princípios como segurança jurídica, lealdade e boa-fé, não se pode admitir que uma decisão de arquivamento determinada pelo promotor natural, subsequentemente cancelada pela instância de revisão, seja modificada livremente, sem qualquer mudança da matéria de fato ou de direito. Enfim, por mais que a decisão de arquivamento não esteja mais sujeita ao controle judicial deve ser mantida a mesma sistemática vigente no momento anterior, logo nos casos em que tiver havido análise de mérito, por ambas as instâncias ministeriais, o arquivamento deve continuar demandando respeito absoluto. Por outro lado, nos casos em que só se falava em coisa julgada formal, por exemplo, ausência de lastro probatório, subsiste a possibilidade de desarquivamento, diante do surgimento de novas provas”³

16.12. DESARQUIVAMENTO

Nos casos em que o arquivamento só faz coisa julgada formal (ausência de pressuposto processual, ausência de condições de ação e ausência de justa causa), será possível o desarquivamento a pedido do MP quando houver notícia de provas novas.

Desarquivado o inquérito policial, e surgindo provas novas (capazes de produzirem uma alteração do contexto probatório), é possível o oferecimento de denúncia.

³ Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo, 2020. Página 215.

STF SÚMULA 524 - arquivado o inquérito policial por despacho do juiz POR DECISÃO DO PROMOTOR NATURAL, a requerimento do promotor de justiça não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.

Obs.: desarquivamento não é sinônimo de oferecimento de denúncia. Desarquivar é reabrir as investigações, basta a notícia de provas novas.

O desarquivamento do IP tem como pressuposto a notícia de prova nova. Não confundir com o ***início da ação penal*** (oferecimento da denúncia), na qual não bastará a ***notícia***, precisará

efetivamente de prova nova.

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

PROVA NOVA - É aquela substancialmente inovadora, ou seja, aquela capaz de produzir uma alteração do contexto probatório.

- Prova SUBSTANCIALMENTE nova: é a prova inédita, ou seja, aquela que estava oculta ou ainda inexistente quando do arquivamento. Exemplo: arma do crime encontrada.
- Prova FORMALMENTE nova: é aquela que já era conhecida, e até mesmo já foi utilizada pelo Estado, mas que ganhou nova versão. Exemplo: “oitiva da esposa, hoje sendo ex-esposa”, testemunha que em um primeiro momento está sendo ameaçada e que depois acaba dando sua versão verdadeira sobre os fatos.

Em ambas as hipóteses é cabível o oferecimento de denúncia.

16.13. (IN) SUBSISTÊNCIA DA APLICAÇÃO DO ART. 28 PELO JUIZ NAS HIPÓTESES DE DIVERGÊNCIA ENTRE MAGISTRADO E O ÓRGÃO MINISTERIAL

Como visto acima, o art. 28 do CPP não faz menção ao juiz.

Imagine, por exemplo, que o Promotor entenda que não é caso de transação penal ou de suspensão condicional de processo, o juiz não poderá conceder de ofício. Contudo, o juiz poderia remeter os autos para a instância de revisão, aplicando-se a antiga redação do art. 28, entendimento, inclusive sumulado pelo STF.

Súmula 696, STF: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP.

Segundo Renato Brasileiro, apesar de o juiz não estar mais previsto no art. 28 do CPP continua sendo possível a sua atuação nos casos em que há discordância do Ministério Público, ou seja, o juiz não concorda e enviará para instância ministerial de revisão. Portanto, continua válida a Súmula 696 do STF.

Corroborando tal entendimento, o professor cita o §14 do art. 28-A que foi incluído pelo Pacote Anticrime.

Art. 28-A, § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer (ao juiz) a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

16.14. ARQUIVAMENTO NAS HIPÓTESES DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO PGR OU DO PGJ

Nestas hipóteses, mesmo antes do Pacote Anticrime, o arquivamento deixava de ser uma decisão judicial e passava a ser uma DECISÃO ADMINISTRATIVA (agora todo e qualquer arquivamento é decisão administrativa).

O arquivamento será uma decisão administrativa do PGJ ou do PGR quando:

- a) For caso de atribuição originária;

- b) Se tratar de insistência de arquivamento, do qual o juiz tenha discordado, nos termos do art. 28 do CPP.

Portanto, nessas hipóteses não é necessário que o PGJ ou PGR submeta sua decisão ao poder judiciário. (STF, Inquérito 2054 e STJ HC 64564).

Nos casos em que o arquivamento produzir coisa julgada formal e material, é obrigatória a homologação do Tribunal.

Informativo n. 558 do STJ (Inq. 967-DF): “Se membro do MPF, atuando no STJ, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação que tramitem originariamente perante esse Tribunal Superior, este, mesmo considerando improcedentes as razões invocadas, deverá determinar o arquivamento solicitado, sem a possibilidade de remessa para o Procurador-Geral da República, não se aplicando o art. 28 do CPP. Isso porque a jurisprudência do STJ é no sentido de que os membros do MPF atuam por delegação do Procurador-Geral da República na instância especial. Assim, em decorrência do sistema acusatório, nos casos em que o titular da ação penal se manifesta pelo arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação, não há alternativa, senão acolher o pedido e determinar o arquivamento. Nesse passo, não há falar em aplicação do art. 28 do CPP nos procedimentos de competência originária do STJ”

16.15. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO

Ocorre o arquivamento implícito quando o titular da ação penal deixa de incluir na denúncia algum fato investigado (**arquivamento implícito objetivo**) ou algum dos indiciados ou algum corréu (**arquivamento implícito subjetivo**), sem expressa manifestação ou justificação desse procedimento.

Exemplo: dois indiciados no inquérito policial, o promotor oferece denúncia contra o acusado¹. Não denuncia, não faz nada em relação ao segundo. Neste caso, o juiz deveria dizer: “MP manifeste-se sobre acusado²”, ou aplicar o art. 28, quando o juiz não observa isso, ocorre o arquivamento implícito do IP.

Esse arquivamento NÃO É ADMITIDO pela doutrina e pela jurisprudência, elas são unânimes no sentido que o arquivamento depende de decisão fundamentada.

Quanto ao cabimento de ação penal privada subsidiária da pública nas hipóteses de arquivamento implícito, ou seja, caso o órgão do Ministério Público tenha deixado de incluir na denúncia algum fato delituoso e/ou coautor investigado, silenciando-se quanto ao arquivamento do inquérito em relação a eles, o STJ tem entendido ser inviável o oferecimento de queixa-crime subsidiária.

16.16. ARQUIVAMENTO INDIRETO

O juiz, diante do não oferecimento de denúncia pelo MP, por razões de incompetência jurisdicional (promotor ACHA que o crime não é daquela competência e manifesta-se no sentido de deixar de oferecer a denúncia sob este fundamento, assim como declinar a competência), deve receber tal manifestação como se tratar de um pedido de arquivamento, aplicar-se-á o antigo art. 28, remetendo os autos ao PGJ caso discorde do MP.

OBS: Aqui também não cabe ação penal privada subsidiária da pública. Isto porque não houve inércia do MP, ele se manifestou pela declinação da competência!

17. TRANCAMENTO (OU ENCERRAMENTO ANÔMALO) DO INQUÉRITO POLICIAL

Segundo Renato Brasileiro, *trata-se de medida de força que acarreta a extinção prematura*

das investigações quando a mera tramitação do inquérito configurar constrangimento ilegal.

O trancamento do IP é uma medida de natureza excepcional, que será determinada pelo juiz das garantias (art. 3º-B, IX do CPP - ainda com eficácia suspensa) somente sendo possível quando:

- Não houver qualquer dúvida sobre a atipicidade (formal/material) da conduta.
- Presença de causa extintiva da punibilidade.
- Ausência de justa causa.
- Ausência de manifestação da vontade da vítima nos crimes de ação privada ou pública condicionada.

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: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

- Excesso de prazo

O eventual trancamento de inquérito policial por excesso de prazo não impede, sempre e de forma automática, o oferecimento da denúncia. STF. 2ª Turma. HC 194023 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/09/2021.

Salienta-se que o instrumento adequado para o trancamento do IP será:

- *Habeas corpus* – apenas nos casos em que há risco à liberdade de locomoção.
- Mandado de segurança – nos casos de pessoa jurídica, em que não há risco à liberdade de locomoção

CF, art. 5º, LXVIII: “conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

S. 693 STF: “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”.

Por fim, a competência para o julgamento de eventual *habeas corpus* será:

- Inquérito instaurado pelo Delegado de Polícia (autoridade coatora): juiz de primeira instância.
- Inquérito instaurado por requisição do Ministério Público (autoridade coatora): Tribunal competente para ir julgar originariamente.

18. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Trata-se, atualmente, de um ponto tranquilo.

1ºCORRENTE (minoritária) – entende que não pode haver investigação pelo MP, uma vez que não há previsão legal. Além disso, violaria a paridade de armas entre acusação e defesa.

2ªCORRENTE (amplamente majoritária) - é perfeitamente possível a investigação realizada pelo MP.

Não há previsão expressa na CF/88, adota-se aqui a teoria dos poderes implícitos. Segundo essa doutrina, nascida nos EUA (Mc Culloch vs. Maryland – 1819), se a Constituição outorga determinada atividade-fim a um órgão, significa dizer que também concede todos os meios necessários para a realização dessa atribuição.

A CF/88 confere ao MP as funções de promover a ação penal pública (art. 129, I). Logo, ela atribui ao Parquet também todos os meios necessários para o exercício da denúncia, dentre eles a possibilidade de reunir provas para que fundamentem a acusação. Ademais, a CF/88 não conferiu à Polícia o monopólio da atribuição de investigar crimes. Em outras palavras, a colheita de provas não é atividade exclusiva da Polícia.

Além da doutrina dos poderes implícitos, podemos citar como fundamento constitucional que autoriza, de forma implícita, o poder de investigação do MP:



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

*I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
(...)*

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A Lei Complementar 75/1993, também de forma implícita, autoriza a realização de atos de investigação nos seguintes termos:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

*I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
(...)*

*V - realizar inspeções e diligências investigatórias;
(...)*

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

No julgamento do RE 593727, o Plenário do STF reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, em situações excepcionais, investigações de natureza penal, mas ressaltou que essa investigação deverá respeitar alguns parâmetros (requisitos).

1) Devem ser respeitados os direitos e garantias fundamentais dos investigados;

2) Os atos investigatórios devem ser necessariamente documentados e praticados por membros do MP;

3) Devem ser observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, ou seja, determinadas diligências somente podem ser autorizadas pelo Poder Judiciário nos casos em que

a CF/88 assim exigir (ex: interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário etc.);

4) Devem ser respeitadas as prerrogativas profissionais asseguradas por lei aos advogados;

5) Deve ser assegurada a garantia prevista na Súmula vinculante 14 do STF (“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”);

6) A investigação deve ser realizada dentro de prazo razoável;



7) Os atos de investigação conduzidos pelo MP estão sujeitos ao permanente controle do Poder Judiciário.

Vale ressaltar que, diante da inexistência de lei, o CNMP editou a Resolução 181/2017 disciplinando a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal realizado pelo Ministério Público. Fica a recomendação de sua leitura por quem está se preparando para concursos do MP.

19. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

19.1. PREVISÃO NORMATIVA

O acordo de não persecução penal, até 2019, estava previsto apenas na Resolução Normativa 181 do CNMP, do ano de 2017.

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

A maior discussão acerca do assunto era acerca da constitucionalidade do art. 18 da Resolução. Como estava previsto em uma Resolução, havia duas correntes a respeito do tema. Vejamos:

1ªCORRENTE – sustentava que o art. 18 era inconstitucional, pois:

- violava o art. 129, I da CF, uma vez que tal dispositivo é claro ao referir-se “na forma da lei”. Uma resolução do CNMP não pode ser considerada uma lei;
- violava o art. 22, I da CF, eis que direito processual penal só pode ser legislado pela União.

2ªCORRENTE – sustentava que o art. 18 é constitucional, pois:

- o CNMP pode expedir atos regulamentares, os quais ostentam caráter normativo primário (STF, MS 27621). Ou seja, são dotados de abstração e generalidade, buscam, tão somente, concretizar preceitos constitucionais (princípio da eficiência, princípio da proporcionalidade).

O Pacote Anticrime incluiu o art. 28-A ao CPP positivando o acordo de não persecução penal, o que encerrou a discussão acerca da sua constitucionalidade.



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: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

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 \(Código Penal\)](#); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

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 [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

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; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

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 [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições



concordância do investigado e seu defensor. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

19.2. CONCEITO

Segundo Renato Brasileiro, “o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico de natureza extrajudicial (pré-processual – STJ), necessariamente homologado pelo juiz competente, celebrado pelo MP e o autor do delito, obrigatoriamente assistido por um defensor, que confessa formal e circunstanciadamente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não oferecer denúncia, declarando-se ao final a extinção da punibilidade, se o acordo for cumprido”.

Nesse sentido:

O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, consiste em um **NEGÓCIO JURÍDICO PRÉ-PROCESSUAL** entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos. Com efeito, o membro do Ministério Público, ao se deparar com os autos de um inquérito policial, a par de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade, deverá ainda analisar o preenchimento dos **REQUISITOS AUTORIZADORES** da celebração do ANPP, os quais estão expressamente previstos no Código de Processo Penal: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou

grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (HC 612.449/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020).

Pode-se afirmar que o acordo de não persecução penal, agora legalmente previsto no diploma processual penal, indica a possibilidade de realização de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado” (AgRg no HC 644.020/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021).

O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código Penal, implementado pela Lei 13.964/2019, indica a possibilidade de realização de negócio jurídico pré-processual entre a acusação e o investigado” (HC 624.805/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021).

19.3. FUNDAMENTO

Parte da premissa de que é inviável acusar todos, trabalha-se com uma racionalização do processo penal. O Ministério Público deve preocupar-se com os crimes mais graves, trabalhando com o princípio da oportunidade.

19.4. DISCRICIONARIEDADE

Assim como a transação e a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal é um instituto de natureza consensual, tratando-se de uma discricionariedade.

Nesse sentido, o Enunciado 19 CNPG e o STF.

Enunciado 19 – O acordo de não persecução penal é faculdade do MP que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.

O Poder Judiciário não pode impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo de não persecução penal (ANPP). Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao MP a celebração de acordos. STF. 2ª Turma. HC 194677/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/5/2021 (Info 1017).

O acordo de não persecução penal (ANPP) não constitui direito subjetivo do investigado, mas sim faculdade do órgão acusado.

O acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal, não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, ex vi do art. 129, inc. I, da Carta Magna (AgRg no RHC 152.756/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021).

19.5. DIREITO INTERTEMPORAL

A consequência do cumprimento integral do acordo de não persecução penal é a extinção

da punibilidade, matéria de direito penal. Como se sabe, a lei penal benéfica retroage.

Diante disso, indaga-se: o acordo de persecução penal será aplicado aos processos em andamento? A orientação do Ministério Público é de que caberá acordo de não persecução penal para fatos praticados antes da vigência da Lei 13.964/2019, desde que não tenha sido oferecida denúncia. Portanto, em relação aos processos em andamento (com oferecimento da denúncia) não será possível a aplicação.

Enunciado 20 CNPG - Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal” (AgRg no HC 628.647/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 07/06/2021)

O acordo de não persecução penal, inovação inserida em nosso ordenamento jurídico pelo art. 28-A, do Código de Processo Penal - CPP, tem sua retroatividade limitada aos processos em que ainda não houve o recebimento da exordial acusatória (AgRg no HC 619.465/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021).

A jurisprudência da Primeira Turma deste STF fixou a tese de que ‘o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia’. (HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25.11.2020)” (HC 185956 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 31/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2021 PUBLIC 08-06-2021).

19.6. REQUISITOS POSITIVOS

Para a celebração do acordo de não persecução penal devem ser observados alguns requisitos, são eles:

a) Viabilidade da persecução penal;

b) Infração penal cometida sem violência ou grave ameaça

A violência ou grave ameaça, citada no art. 28-A, deve ser praticada na conduta. Portanto, em crimes culposos, ainda que resultem violência contra pessoa, será cabível o acordo.

Enunciado 23 CNPG - É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.

c) Confissão

d) Infração penal com pena mínima inferior a 4 anos

As causas de aumento e diminuição devem ser levadas em consideração.

Enunciado 29 CNPG - Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os

enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, para tornar viável o acordo de não persecução penal seria necessário, primeiramente, que a pena mínima cominada em abstrato, considerando eventuais causas de aumento ou de diminuição da pena, não ultrapassasse 04 (quatro) anos, do contrário, o caput do artigo 28-A do Código de Processo Penal torna inaplicável a medida” (AgRg no RHC 152.756/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021)

Em caso de concurso material de crimes, considerando as penas mínimas de tais crimes (somadas), o total deve ser inferior a 4 anos.

O paciente não preenche o requisito objetivo para aplicação do benefício legal, uma vez que a pena mínima cominada aos crimes imputados em concurso material não é inferior a 4 anos. De fato, a pena mínima na hipótese totaliza 4 anos, motivo pelo qual não há se falar em preenchimento dos requisitos legais” (AgRg no RHC 152.756/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021).

Conforme exposto no acórdão atacado, o paciente não tem direito ao benefício, haja vista que as penas mínimas dos crimes que lhe são imputados, somadas (concurso material – art. 69 do CP), totalizam exatamente 4 anos de reclusão, quantum este superior ao limite previsto no art. 28-A do CPP, que estabelece a ‘pena mínima inferior a 4 (quatro) anos” (HC 201610 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2021 PUBLIC 25-06-2021).

19.7. REQUISITOS NEGATIVOS (VEDAÇÕES)

O acordo de não persecução penal não poderá ser celebrado quando:

- a) Cabível transação penal;
- b) O agente for reincidente;
- c) O agente for criminoso habitual, reiterado ou profissional, salvo quando as infrações anteriores forem insignificantes

O criminoso habitual, referido no art. 28, §2º, II do CPP, não se confunde com crime habitual, em que uma conduta isolada não será suficiente para a caracterização de uma infração penal, a exemplo do exercício ilegal de profissão.

Salienta-se que há uma contradição na utilização da expressão “exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”, tendo em vista que em uma primeira leitura leva ao entendimento que seria a aplicação do Princípio da insignificância. Entretanto, como se sabe, o princípio da insignificância exclui a tipicidade material, portanto, não haveria como existir uma infração penal pretérita. Por isso, a melhor leitura da expressão “insignificância”, de acordo com Renato Brasileiro, é no sentido de infração de menor potencial ofensivo.

Enunciado 21 CNPG – Não caberá o acordo de não persecução penal 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, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo.

- d) Agente beneficiado com acordo de não persecução penal, transação ou suspensão

condicional nos últimos 5 anos;

e) Crime for praticado no âmbito de violência doméstica e familiar (qualquer vítima – homem ou mulher)

f) Crime praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino, independentemente se no contexto ou não da violência doméstica ou familiar

A Resolução 181 do CNMP vedava o acordo de não persecução penal para os crimes hediondos e equiparados, o art. 28-A não trouxe tal previsão. Segundo Renato Brasileiro, apesar da falta de previsão expressa, deve-se entender que não será cabível.

Salienta-se que o art. 116, IV do CP, com redação dada pelo Pacote Anticrime, prevê que não correrá a prescrição enquanto o acordo de persecução penal estiver sendo cumprido.

Por fim, na vigência da Resolução 181 do CNMP não era possível a aplicação do acordo para os crimes militares. Não há tal vedação no art. 28-A do CPP, podendo ser celebrado segundo Renato Brasileiro.

19.8. CONDIÇÕES

O acordo de não persecução penal não envolve a aplicação de pena, mas impõe condições não privativas de liberdade, que serão observadas pelo juiz da execução penal.

a) Confissão formal e circunstancial da prática criminosa

Perceba que na transação e na suspensão condicional do processo não é necessária a confissão. Ademais, a confissão não poderá ser utilizada como reconhecimento de culpa, nesse sentido o §12 do art. 28-A do CPP

Art. 28-A, § 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Não é possível a aplicação do acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no art. 28-A do CPP, na hipótese de inexistência de confissão formal e circunstanciada da prática do crime, conforme a jurisprudência do STJ" (AgRg no REsp 1945881/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021).

Havendo a rescisão do acordo, pelo descumprimento das condições, a confissão poderá ser utilizada em eventual processo.

b) Reparação do dano ou restituição da coisa

c) Renunciar voluntariamente a bens

d) Prestação de serviços à comunidade

e) Pagamento de prestação pecuniária

f) Cumprimento de outras condições indicadas pelo MP

19.9. CONTROLE JURISDICIONAL

O acordo é celebrado entre o MP e o autor do delito, mas necessariamente deverá ser homologado pelo Poder Judiciário (natureza declaratória).

É vedada a substituição da figura do Ministério Público pela do juiz na celebração do acordo de não persecução penal, instrumento jurídico

extrajudicial concretizador da política criminal exercida pelo titular da ação penal pública cuja homologação judicial tem natureza meramente declaratória” (AgRg no HC 685.200/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021)

Pelo menos, em regra, será feito na fase investigatória. Portanto, a competência será do juiz das garantias. Caso seja feito perante os Tribunais, a homologação será feita pelo relator.

No caso de recusa por parte do MP em propor ANPP, não há remessa automática ao órgão máximo do Ministério Público.

A Lei n. 13.964/2019, ao incluir o § 14 no art. 28-A do Código de Processo Penal, garantiu a possibilidade de o investigado requerer a remessa dos autos ao Órgão Superior do Ministério Público nas hipóteses em que a acusação tenha se recusado a oferecer a proposta de acordo de não persecução penal na origem. Nada obstante, tal requerimento, por si só, não impõe ao Juízo de primeiro grau a remessa automática do processo ao órgão máximo do Ministério Público, considerando-se que o controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público (HC 668.520/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021).

Por fim, a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame de mérito.

O controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que não se tratando de hipótese de manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (CPP) (2), não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP. (HC n. 194.677/SP, julgado em 11 de maio de 2021. Informativo n. 1017)” (HC 668.520/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/08/2021, DJe 16/08/2021).

19.10. RESCISÃO E CUMPRIMENTO

O não cumprimento das condições do acordo é causa de sua rescisão. Contudo, entende o STJ que muito embora seja possível a rescisão do ANPP (§ 10 do art. 28-A), é necessário oportunizar à defesa a manifestação acerca do pedido formulado pelo Ministério Público.

Muito embora seja possível a rescisão do acordo de não persecução penal (§10 do art. 28-A do CPP), necessário, para preservação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, oportunizar à defesa a manifestação acerca do pedido formulado pelo Ministério Público. (...) Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade da decisão que rescindiu o acordo de não persecução penal, devendo outra ser proferida, intimando-se, previamente, a defesa do paciente, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (HC 615.384/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 11/02/2021).

Com o cumprimento integral do acordo, haverá a extinção da punibilidade.

O acordo de não persecução penal é instituto mediante o qual o órgão acusatório e o investigado celebram negócio jurídico em que são impostas condições, as quais, se cumpridas em sua integralidade, conduzem à extinção de punibilidade do agente (AgRg no REsp 1937513/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 21/09/2021).

19.11. RECURSO

Caberá RESE contra decisão que recusar a homologação da proposta de acordo de não persecução penal.

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

(...)

XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

20. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MP

20.1. PREVISÃO

Previsto na CF (art. 129, VII) e na LC 75/93 (art. 9º)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; (LC 75/93)

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder.

20.2. CONCEITO

Deve ser compreendido como o conjunto de normas que regulam a fiscalização exercida pelo Ministério Público em relação à polícia, na prevenção, apuração e investigação de fatos delituosos, na preservação dos direitos e garantias constitucionais dos presos que estejam sob responsabilidade das autoridades policiais e na fiscalização do cumprimento das determinações judiciais.

20.3. FUNDAMENTOS

A atividade de controle externo exercida pelo MP decorre do *sistema de freios e contrapesos* previsto pelo regime democrático (o poder não pode ser exercido de maneira ilimitada – buscando a efetividade dos direitos fundamentais), visando à efetividade dos direitos assegurados na CF, além de buscar um comprometimento maior com a investigação criminal (uma investigação bem-feita, é sinônimo de um processo eficaz, se as investigações são pífias, a possibilidade de sucesso

no processo é remota).

O controle externo **não** pressupõe subordinação ou hierarquia dos organismos policiais, deve atuar em conjunto com as **corregedorias das polícias** quando possível.

20.4. ESPÉCIES

20.4.1. Controle difuso

É aquele exercido pelos promotores com atribuição criminal.

São exemplos:

- Controle de ocorrências policiais.
- Verificação de prazos de IP.
- Qualidade do IP.
- Controle e verificação de bens apreendidos.
- Propositura de medidas cautelares.

20.4.2. Controle concentrado

É aquele exercido pelo órgão do MP com atribuições específicas para tanto (hoje todos os MP's têm órgão especializado nisso).

- Verificação das comunicações de prisões em flagrante.
- Visitas às delegacias de polícia e às unidades prisionais.
- Termos de ajustamento de conduta e recomendações (para melhora do presídio, por exemplo).
- Requisições e procedimentos investigatórios criminais (PIC).
- ACP's na defesa dos interesses difusos e Ações de Improbidade.

21. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A investigação defensiva não se confunde com a participação do defensor nos autos da investigação pública. Apesar de ambas as formas serem concretização do direito de defesa e, mais particularmente, dos direitos à prova e à investigação, elas não se equivalem. Ao participar da investigação pública, o defensor está circunscrito aos rumos dados à persecução prévia pelo órgão público e sua intervenção restringe-se à proteção dos interesses mais relevantes do imputado, principalmente seus direitos fundamentais.

Na investigação defensiva, que se desenvolve totalmente independente da investigação pública, cabe ao defensor traçar a estratégia investigatória, sem qualquer tipo de subordinação às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova, para evitar questionamentos acerca da sua licitude e do seu valor. De maneira simplificada, enquanto na investigação pública o defensor é mero coadjuvante, na investigação defensiva ele assume o papel de protagonista.

Por isso, a investigação defensiva permite uma participação muito mais abrangente e efetiva da defesa, em prol do imputado, do que a simples intervenção na investigação pública.

São os requisitos essenciais da investigação defensiva:

- a) Prática de atos de investigação (e não de prova);
- b) Pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio de auxiliares técnicos;
- c) Em qualquer momento da persecução penal;
- d) Fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta;
- e) Com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado.

Obs.: O CPP não trata da matéria. Renato Brasileiro entende, perfeitamente, possível. O defensor não goza de coercibilidade.

22. INVESTIGAÇÃO POR DETETIVE PARTICULAR

A Lei 13.432/2017 passou a definir quem é o detetive particular (art. 2º)

*Lei 13.432/17, art. 2º: Para os fins desta Lei, considera-se detetive particular o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações de natureza **não criminal**, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante.*

Perceba que não possui natureza criminal.

Pode colaborar com a investigação policial (art. 5º), cabendo ao delegado aceitar ou não (discricionariedade).

Lei 13.432/17, art. 5º: O detetive particular pode colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante. Parágrafo único. O aceite da colaboração ficará a critério do delegado de polícia, que poderá admiti-la ou rejeitá-la a qualquer tempo.

Não pode participar de diligências.

Lei 13.432/17, art. 10: “É vedado ao detetive particular:



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

*I - aceitar ou captar serviço que configure ou contribua para a prática de infração penal ou tenha caráter discriminatório;
IV - participar diretamente de diligências policiais;
V - utilizar, em demanda contra o contratante, os dados, documentos e informações coletados na execução do contrato”.*

Pode coletar informações abertas, desde que respeite as garantias individuais.

Lei 13.432/17, art. 11: São deveres do detetive particular:

I - preservar o sigilo das fontes de informação;

II - respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas;

III - exercer a profissão com zelo e probidade; I

V - defender, com isenção, os direitos e as prerrogativas profissionais, zelando pela própria reputação e a da classe;

V - zelar pela conservação e proteção de documentos, objetos, dados ou informações que lhe forem confiados pelo cliente;

VI - restituir, íntegro, ao cliente, findo o contrato ou a pedido, documento ou objeto que lhe tenha sido confiado;

1. DIREITO DE AÇÃO PENAL

1.1. CONCEITO

A partir do momento em que o Estado trouxe para si o exercício da ação penal, surge o direito de ação aos jurisdicionados.

Assim, entende-se por direito de ação o direito que a parte acusadora (Ministério Público ou querelante) tem de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto, por meio do devido processo legal.

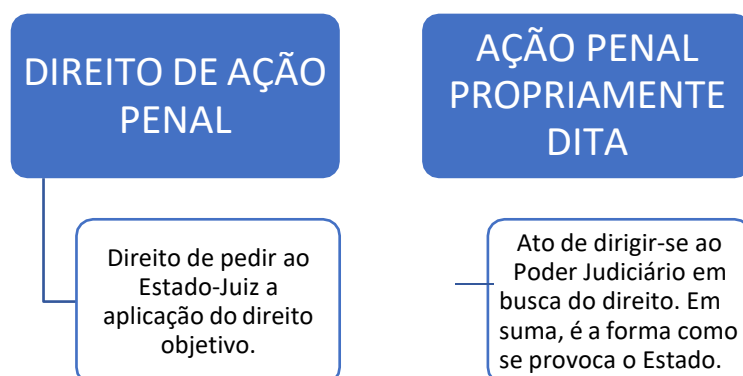
1.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

O direito de ação está fundamentado no art. 5º, XXXV da CF. Vejamos:

CF, art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

1.3. DIREITO DE AÇÃO x AÇÃO PENAL

Ressalta-se que o direito de ação penal não se confunde com a ação penal propriamente dita que é um ato jurídico. Trata-se do exercício do direito de ação, por isso pode ser chamada de ação exercida. A ação também é conhecida como demanda. Além de ser o fato gerador do processo, define a imputação fixando os limites da atividade jurisdicional. Observe:



1.4. DIREITO DE AÇÃO x DIREITO MATERIAL

Igualmente, o direito de ação (direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito objetivo) não se confunde com o direito que se afirma ter quando se exerce o direito de ação. Segundo Renato Brasileiro, *“o direito afirmado compõe a res in iudicium deducta e pode ser designado como o direito material deduzido em juízo ou a ação material processualizada. O direito de ação é abstrato, pois independe do conteúdo afirmado, quando se provoca a jurisdição”*.

1.5. OBSERVAÇÕES IMPORTANTES

- Lide no processo penal

Segundo Carnellutti, a lide é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Alguns doutrinadores, de forma equivocada, utilizam a expressão lide no processo penal. Não há como afirmar que há lide no processo penal, pois:

- a) O conflito de interesses não está presente no âmbito processual penal, pois apesar de o MP e o acusado estarem em lados antagônicos, o MP também possui

interesse na absolvição do acusado quando for inocente. Cabe ao Ministério Público zelar pela tutela de interesses individuais indisponíveis, dentre eles, a liberdade de locomoção.

- b) A pretensão resistida não é aplicada no processo penal, pois, ainda que o acusado não queira oferecer resistência, o seu advogado oferece. Portanto, percebe-se que a pretensão resistida é inerente ao processo penal.

- Processo civil

Tudo o que foi abordado no CS de Processo Civil sobre teorias, características do Direito de Ação devem ser utilizado aqui.

2. CONDICÕES DA AÇÃO

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Trata-se de uma categoria, criada pela Teoria Geral do Processo, com o objetivo de identificar uma determinada espécie de questão submetida à cognição judicial. Funciona como uma questão relacionada a um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), que estaria em uma zona intermediária entre as questões de mérito e as questões de admissibilidade.

Destaca-se que as três tradicionais condições da ação estão relacionadas aos elementos da ação. Observe:

- Partes = Legitimatatio
- Pedido = possibilidade jurídica do pedido
- Causa de pedir = interesse de agir

Inúmeras Teorias, ao longo dos anos, foram concebidas para a análise das condições da ação. Aqui, trataremos apenas acerca da Teoria da Asserção, as demais podem ser encontradas em nosso CS de Processo Civil.

De acordo com a Teoria da Asserção, o juiz deve analisar a presença ou não das condições da ação tomando-se como verdadeiros os fatos narrados na inicial. Ou seja, não aprofunda sua análise quanto à prova. Caso o juiz precise analisar o conjunto probatório, para aferir a presença ou não das condições da ação, haverá um julgamento de mérito propriamente dito e não mais sobre carência de ação.

Entendendo que as condições da ação não estão presentes, o juiz declarará o autor carecedor da ação. A decisão de carência de ação só faz coisa julgada formal, por isso removido o vício, uma nova peça acusatória poderá ser oferecida. Contudo, caso o juiz necessite realizar uma análise mais profunda do conjunto probatório, para aferir a presença ou não das condições da ação, não se tratará mais de um julgamento de carência da ação, mas de mérito propriamente dito que fará coisa julgada formal e material.

Segundo Renato Brasileiro, “conforme a teoria da asserção, a presença das condições da ação deve ser analisada pelo juiz com base nos elementos fornecidos pelo próprio autor em sua petição inicial, que devem ser tomados por verdadeiros, sem nenhum desenvolvimento cognitivo. Se o juiz constatar a ausência de uma condição da ação mediante uma cognição sumária, deverá extinguir o processo sem resolução do mérito por carência de ação; se houver necessidade de uma cognição mais aprofundada para a análise da presença das condições da ação, a carência de ação passa a ser analisada como mérito, gerando uma sentença de rejeição do pedido do autor, com a formação de coisa julgada formal e material”.

Há, na doutrina, discussão sobre a extinção das condições da ação pelo CPC/15. Isso ocorre

porque o CPC/73 fazia referência expressa às condições da ação. O CPC/2015 não faz referência expressa, apenas traz a legitimidade e o interesse processual como causa de extinção do processo sem resolução de mérito. Vejamos os dispositivos:

CPC/73 art. 267: “*Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:*
VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual

CPC/2015 - CPC, art. 485: “*O juiz não resolverá o mérito quando:*
VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
(...)
§ 3º: O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

CPC/2015, art. 17: *Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade*

CPC, art. 337: “*Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:*
(...)
XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual.

No entanto, não é a orientação que vem prevalecendo. A posição majoritária é no sentido contrário: apesar de o CPC/15 não fazer uso da terminologia, as condições da ação são conceitos bem sedimentados na teoria geral do processo. Portanto, o ideal é sustentar que a categoria das condições da ação continua existindo, não mais com três, mas apenas com duas (legitimidade e interesse).

No âmbito do Processo Penal, há referência explícita no CPP:

CPP, art. 395: “*A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...)*



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou”

Recapitulando:

1ªC: diante do CPC/15, não há mais razão para o uso da categoria das condições da ação. De todo modo, o órgão jurisdicional ainda tem de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões devem ser examinadas ou como questões de mérito (possibilidade e legitimação ordinária) ou como pressupostos processuais de validade – a legitimidade ad causam é requisito de admissibilidade subjetivo relacionado às partes, ao passo que o interesse de agir é requisito objetivo extrínseco positivo.

2ªC: a despeito do silêncio do CPC/15, as condições da ação subsistem como categoria autônoma no Direito.

2.2. ESPÉCIES

De acordo com a melhor doutrina, as condições da ação podem ser genéricas ou específicas.

2.2.1. Condições genéricas

Estão presentes em TODA e QUALQUER ação penal. Assim, independentemente da natureza do crime, da pessoa do acusado ou do procedimento, as condições genéricas deverão estar presentes.

São condições genéricas da ação:

- a) Legitimidade para agir
- b) Interesse de agir
- c) Possibilidade jurídica do pedido

O ideal é que a possibilidade seja analisada no mérito, tendo em vista que a própria doutrina processual civil, atualmente, entende que é mérito. O NCPC seguiu este entendimento.

- d) Justa causa

De acordo com Renato Brasileiro, o correto é dizer que a justa causa não é uma condição da ação, tendo em vista que não encontra correspondência em nenhuma das condições.

Assim, atualmente, as condições genéricas da ação são: LEGITIMIDADE PARA AGIR e INTERESSE DE AGIR.

2.2.2. Condições específicas (condição de procedibilidade)

São condições necessárias apenas em algumas situações, definidas por lei, a depender da:

- a) Natureza do delito – por exemplo, representação do ofendido no crime de estelionato (em regra);
- b) Pessoa do acusado – por exemplo, autorização da câmara dos deputados para processo e julgamento do Presidente da República (não se aplica aos governadores - STF);
- c) Procedimento em questão – por exemplo, crimes contra a propriedade material deve ter laudo pericial. O mesmo ocorre na lei de drogas, em que se exige laudo de constatação.

2.3. CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE UMA CONDIÇÃO DE AÇÃO

Dependerá do momento em que a ausência for constatada pelo juiz.

2.3.1. Por ocasião do juízo de admissibilidade da peça acusatória

Ocorre quando a denúncia é encaminhada ao juiz que poderá receber ou rejeitar.

*CPP, art. 395: A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
ou*

Assim, a ausência de uma condição da ação poderá ensejar a rejeição da denúncia.

Por exemplo, o ofendido oferece queixa-crime em um crime de ação penal pública. O juiz irá rejeitar por ausência de condição da ação, qual seja: legitimidade para agir.

2.3.2. Verificada durante o curso do processo

Quando a ausência de condições da ação for verificada no curso do processo, há duas correntes acerca do que deve ser feito. Vejamos:

1ªC – deverá haver declaração de nulidade absoluta, com base no art. 564, II do CPP. De acordo com esta corrente, se a ilegitimidade acarreta a nulidade, as demais condições da ação também são aptas.

2ª C – O processo deverá ser extinto sem a apreciação do mérito, conforme o art. 485, VI do CPC.

CPC, art. 485: O juiz não resolverá o mérito quando:
(...)
VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; (...)
§ 3º: O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Salienta-se que não há falar em preclusão, pois se trata de matéria de ordem pública. Nesse sentido, o entendimento do STJ:

STJ: “(...) O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, suscitada pela defesa. As matérias numeradas no art. 395 do Código de Processo Penal dizem respeito a condições da ação e pressupostos processuais, cuja aferição não está sujeita à preclusão (art. 267, § 3º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP). (...) Hipótese concreta em que, após o recebimento da denúncia, o Juízo de primeiro grau, ao analisar a resposta preliminar do acusado, reconheceu a ausência de justa causa para a ação penal, em razão da ilicitude da prova que lhe dera suporte. (...) Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido”. (STJ, 6ª Turma, Resp 1.318.180/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/05/2013, Dje 29/05/2013).

3. CONDICÕES GENÉRICAS DA AÇÃO PENAL

3.1. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO

O pedido deve referir-se a uma providência admitida pelo direito objetivo, pelo menos em tese, no âmbito do processual civil. Por exemplo, não se pode admitir uma ação de cobrança de uma dívida de jogo.

CC, art. 814: As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

No âmbito processual penal, a *possibilidade jurídica do pedido* exterioriza-se por meio da **imputação de um FATO TÍPICO, ILÍCITO e CULPÁVEL**, cuja punibilidade não esteja extinta. Cita-se, como exemplo, o caso em que o juiz constata que o acusado é menor de 18 anos, não há possibilidade jurídica do pedido.

Ressalta-se que o CPC/15 colocou fim a esta categoria, entendendo que a possibilidade jurídica deverá ser enfrentada no mérito. O próprio Liebman afirmava que a possibilidade jurídica do pedido se confundia com o mérito. Assim, o ideal seria uma decisão de improcedência liminar do pedido, nos termos do art. 332 do CPC, mesmo que não esteja previsto, pois seria um rol exemplificativo (segundo a maioria):



Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Observações:

- a) A improcedência liminar do pedido é a decisão jurisdicional que, antes da citação do demandado, julga improcedente o pedido formulado pelo demandante. É decisão de mérito, definitiva, apta a produzir coisa julgada formal e material. Funciona como técnica de aceleração do processo, ou seja, em situações de manifesta improcedência do pedido, o legislador dispensa a citação do demandado, autorizando que se profira um julgamento a ele favorável. Não há, portanto, qualquer violação ao contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento de improcedência. O demandado não precisa ser ouvido para sair vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favorece.
- b) Para a improcedência liminar do pedido, hipótese especial de julgamento antecipado do mérito, o novo CPC impõe dois pressupostos: 1) a causa deve dispensar a fase instrutória; 2) o pedido deve encaixar-se em uma das hipóteses previstas nos incisos I a IV do art. 332 ou no §1º do mesmo artigo.
- c) Antes de citar o réu, pode o juiz julgar liminarmente improcedente pedido, em situações atípicas, consideradas como de manifesta improcedência (v.g., usucapião de bem público)? Apesar de não haver dispositivo legal expressa, essa hipótese deve ser admitida a partir dos princípios da eficiência, da boa-fé e da duração razoável do processo. Não há razão para aumentar o custo do processo, com a citação desnecessária do réu para responder a uma demanda absurda. O CPC/15, então, deixa de tratar a possibilidade jurídica do pedido como hipótese de extinção do processo sem apreciação do mérito, e passa a tratá-la como uma atípica hipótese de improcedência liminar do pedido.

No âmbito do processo penal, de acordo com Renato Brasileiro, a possibilidade jurídica do pedido não é mais uma condição da ação. Deve ser enfrentada como mérito, com base na sistemática do processo civil, sendo caso de improcedência liminar do pedido, gerando a absolvição sumária (art. 397 do CPP).

CPP, art. 397: Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.

A absolvição sumária ocorrerá após a citação e após a resposta à acusação.

Contudo, aqui, a ideia é a de que os casos de impossibilidade jurídica do pedido, deverão ser enfrentados como mérito em uma decisão de absolvição sumária, que deve ser antecipada para o momento, imediatamente, após o oferecimento da peça acusatória. Aplicando-se, por analogia, a sistemática da improcedência liminar do pedido prevista no art. 332 do CPC/2015.

3.2. LEGITIMIDADE PARA AGIR (LEGITIMATIO AD CAUSAM)

Trata-se da pertinência subjetiva da ação. Quem pode propor a ação e contra quem pode ser proposta.

3.2.1. Legitimidade *ad causam* ativa no processo penal

No Processo Penal as ações são classificadas de acordo com o legitimado ativo. Vejamos:

a) Ação penal pública – MP (CF – art. 129, I)

A regra na ação penal pública é que o Ministério Público seja o legitimado. No entanto, existe uma legitimação subsidiária, no caso de ação privada subsidiária da pública. Em outras palavras, se o Ministério Público permanecer inerte, a própria Constituição prevê que o ofendido poderá ingressar em juízo

b) Ação penal privada – ofendido e o representante legal.

Exemplos de ilegitimidade *ad causam* ativa no processo penal:

- Queixa-crime oferecida pela prática do crime de calúnia praticada durante propaganda eleitoral

Perceba que se trata de ação penal privada, cuja queixa foi proposta pelo ofendido ou por seu representante legal, já que a calúnia é um crime contra a honra (em regra, ação penal privada, nos termos do art. 145 do CP)

CP, art. 145: Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código

Contudo, por ter sido praticada no contexto de propaganda eleitoral, torna-se um crime eleitoral, o qual é de ação penal pública incondicionada. Logo, como a queixa-crime foi oferecida pelo ofendido, haverá ilegitimidade ativa *ad causam*, devendo haver declaração de nulidade absoluta ou extinção do processo sem resolução de mérito.

CE, art. 324: Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 10 a 40 dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

CE, art. 355: As infrações penais definidas neste Código são de ação pública

- Crime de injúria racial cometido em 30/08/2009, com a peça acusatória oferecida em 30/10/2009

É ataque à honra subjetiva de alguém se valendo de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Antigamente, era crime de ação penal privada. Com alteração feita pela Lei 12.033/2009, passou a ser crime de ação penal condicionada à representação.

CP, art. 140: Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

CP, art. 145: Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal. Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.033, com vigência em 30 de setembro de 2009)

Voltando ao exemplo, quando o crime de injúria foi cometido, no dia 30/08/2009, era de ação privada. No dia 30/09/2009 entrou em vigor a Lei 12.033/09 que alterou o CP, passando a prever que o crime de injúria racial seria de ação penal pública condicionada à representação.

Indaga-se: quem será o legitimado ativo?

Nesse caso, ainda que a peça acusatória seja oferecida no dia 30/10/2009, o crime continuará sendo de ação penal privada e, portanto, o legitimado ativo ainda será o ofendido. Porque a modificação da espécie de ação penal produz reflexos no âmbito do Direito Penal. Ser um crime de ação penal privada significa dizer que o legitimado ativo é o ofendido, mas também significa que serão possíveis várias causas extintivas da punibilidade (decadência, perempção, renúncia e perdão) que não são aplicáveis aos crimes de ação pública (somente a decadência, apenas quanto ao direito de representação). Portanto, deve ser observado o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, continua-se aplicando a mesma sistemática vigente à época do delito.

Assim, o crime em questão só será de ação penal pública condicionada à representação para os crimes cometidos a partir do dia 30/09/2009.

3.2.2. Legitimidade *ad causam* passiva no processo penal

Recai sobre o provável autor do delito com 18 anos completos ou mais.

Ressalta-se que os casos de ilegitimidade passiva não se confundem com os casos de absolvição por negativa de autoria.

Os casos de ilegitimidade passiva são raros e suas hipóteses só poderão ser declaradas quando essa conclusão for obtida através de uma cognição sumária. Portanto, independentemente da instrução do processo, visualiza-se que a pessoa não possui legitimidade para ocupar o polo

passivo.

Cita-se, como exemplo, o caso de homônimos.

STF: “(...) AÇÃO PENAL - LEGITIMIDADE PASSIVA - IDENTIFICAÇÃO DATILOSCÓPICA - IMPRESSÕES DIGITAIS DISCREPANTES. Exsurgindo descompasso entre as impressões digitais constantes do boletim de identificação criminal alusivo ao delito e as do acusado via denúncia, impõe-se a conclusão sobre a ilegitimidade passiva, declarando-se nulo o processo a partir, inclusive, da peça primeira, ou seja, da denúncia”. (STF, 2ª Turma, HC 72.451/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/02/1996, DJ 19/04/1996).

Já nos casos de absolvição por negativa de autoria, será necessária uma cognição profunda. Ou seja, o juiz deverá ingressar na análise do conjunto probatório. A relevância é que essa decisão estará protegida pela coisa julgada formal e material.

3.2.3. Legitimidade *ad causam* ativa e passiva da pessoa jurídica

A pessoa jurídica possui legitimidade ativa tanto nos casos de ação penal privada (crime de difamação, por exemplo) quanto nos de ação penal pública (quando o MP é inerte, ação penal subsidiária da pública).

Em relação à legitimidade passiva, a Constituição autoriza a responsabilidade penal da pessoa jurídica quando praticados crimes ambientais. Vejamos o disposto no art. 225:

CF, art. 225, § 3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Há alguns anos, os Tribunais Superiores admitiam a dupla imputação. Ou seja, era possível o oferecimento de denúncia contra pessoa jurídica, desde que se oferecesse denúncia contra a pessoa física que atuasse em seu nome ou benefício.

STJ: “(...) Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio” cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). No caso em tela, o delito foi imputado tão-somente à pessoa jurídica, não descrevendo a denúncia a participação de pessoa física que teria atuado em seu nome ou proveito, inviabilizando, assim, a instauração da persecutio criminis in iudicio (Precedentes)”. (STJ, 5ª Turma, RMS 20.601/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 14/08/2006).

Atualmente, encontra-se ultrapassada, o STF entende que ao tratar acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a Constituição não faz referência à imputação da pessoa física.

STF: a 1ª Turma concluiu ser perfeitamente possível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa (1ª Turma, RE 548.181/PR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 06/08/2013).

STJ: “(...) Conforme orientação da 1ª Turma do STF, ‘O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa

física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.’ (RE 548181). Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento”. (STJ, 5ª Turma, RMS 39.173/BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06/08/2015, Dje 13/08/2015).

3.3. INTERESSE DE AGIR

Desdobra-se em três elementos:

a) **Necessidade**

É presumida no processo penal, pois não há crime e não há pena sem o devido processo legal (*nullum crimen nulla poena sine iudicio*).

Pode-se relacionar ainda com o princípio da **exclusiva proteção dos bens jurídicos** do direito penal.

b) **Adequação**

Não é discutida no processo penal, pois o acusado se defende dos fatos, e não da classificação a eles atribuída pelo titular da ação penal. Não há diferentes espécies de ações penais condenatórias.

Porém, possui relevância nas ações penais não condenatórias. Cita-se, como exemplo, o *habeas corpus* que deve ser impetrado apenas quando está em risco a liberdade de locomoção, quando impetrado em casos diversos (art. 28 da Lei de Drogas) faltará adequação (HC 127.843).

Nesse sentido, Súmula 693 do STF:

Súmula. 693 STF: 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.

c) **Utilidade**

Consiste na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor.

OBS: quanto a este item, vem à tona o assunto da **PRESCRIÇÃO VIRTUAL/ANTECIPADA/ EM PERSPECTIVA.**

A prescrição em perspectiva, nada mais é do que a **antecipação do reconhecimento da PPPR** (prescrição da pretensão punitiva retroativa), considerando-se as circunstâncias do caso concreto. O juiz analisando as circunstâncias objetivas e subjetivas que rodeiam o fato antecipa o reconhecimento da PPPR, considerando a pena justa que o caso comporta. Trata-se de falta de interesse de agir do órgão acusador (MP).

Cita-se, como exemplo, o furto simples (01 a 04 anos) cometido por menor de 21 anos, em 25 de outubro de 2005 (antes da mudança feita pela Lei 12.234/10) com abertura de vistas dos autos do inquérito ao MP e 12 de maio de 2008.

Juiz recebe a denúncia em 03 anos.

Analisando as circunstâncias, O MP percebe que a pena será em 01 ano (mínima, devido à falta de agravantes, réu primário etc.), prescrevendo em 4 anos, seria 2 anos por ser menor de 21 anos. Analisando retroativamente, em perspectiva, já estaria prescrito até sair a pena definitiva.

Poderia já ser reconhecida a prescrição? **STF** e **STJ** não reconhecem esta espécie de prescrição, pois não há previsão legal e viola a presunção de inocência, eis que se parte da premissa de que o acusado será condenado. Súmula 438 do STJ.

STF: “(...) AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal”. (STF, Pleno, RE 602.527 RG-QO/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19/11/2009, Dje 237 17/12/2009)

STJ - Súmula: 438 *É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.*

Qual a utilidade de se levar adiante um processo fadado à prescrição? A prescrição virtual, conforme visto, não é admitida pelos tribunais superiores, em virtude de suposta violação ao princípio de presunção de inocência. Como Promotor de Justiça, ao invés de oferecer denúncia deve ser solicitado o arquivamento do inquérito ou a extinção do processo sem julgamento do mérito: **o fundamento deve ser a ausência de utilidade, e, portanto, de interesse de agir, pois não há previsão legal para esta prescrição (Rogério Greco).**

Mas frise-se que não há extinção da punibilidade.

3.4. JUSTA CAUSA

A falta de justa causa, nos termos do art. 395, III do CPP, acarreta a rejeição da denúncia.

*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.*

3.4.1. Conceito

Não há consenso acerca do conceito da justa causa.

1ª C – Trata-se de lastro probatório mínimo para a instauração de um processo penal.

O processo penal, por si só, gera uma série de cerimônias degradantes. Por isso, o estigma que o indivíduo carrega por ter respondido a um processo penal, ainda que venha a ser absolvido, é muito grande. Portanto, não podem ser admitidos processos penais levianos ou temerários. Desta forma, a ideia de justa causa confunde-se com o “*fumus comissi delicti*”, evidenciado pela existência de provas quanto à materialidade e de indícios de autoria ou de participação.

Segundo Renato Brasileiro, “é o lastro probatório mínimo indispensável para a instauração de um processo penal. Deve a acusação ser portadora de elementos de informação que justifiquem a admissão da acusação e o custo que representa o processo penal em termos de estigmatização e penas processuais. Funciona, pois, como uma condição de garantia contra o uso abusivo do

direito de acusar, evitando a instauração de processos levianos ou temerários”.

2ª C – Em alguns precedentes do STF (votos de Alexandre de Moraes), a justa causa é conceituada sobre três fundamentos tipicidade, punibilidade e viabilidade. Renato Brasileiro discorda de tal entendimento.

STF: “(...) A justa causa é exigência legal para o recebimento da denúncia, instauração e processamento da ação penal, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, e consubstancia-se pela somatória de três componentes essenciais: (a) TIPICIDADE (adequação de uma conduta fática a um tipo penal); (b) PUNIBILIDADE (além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade); e (c) VIABILIDADE (existência de fundados indícios de autoria). 3. Esses três componentes estão presentes na denúncia ofertada pelo Ministério Público, que, nos termos do artigo 41 do CPP, apontou a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime. 4. Habeas corpus denegado”. (STF, 1ª Turma, HC 129.678/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/06/2017, DJe 182 17/08/2017).

3.4.2. Natureza jurídica

Igualmente, não há consenso acerca de sua natureza jurídica.

1ª C (minoritária) – Trata-se de uma condição de ação. Não prevalece, pois não encontra correspondência em nenhuma outra condição da ação.

2ª C (PREVALECE) – funciona como pressuposto processual de validade.

3.4.3. Justa causa duplicada

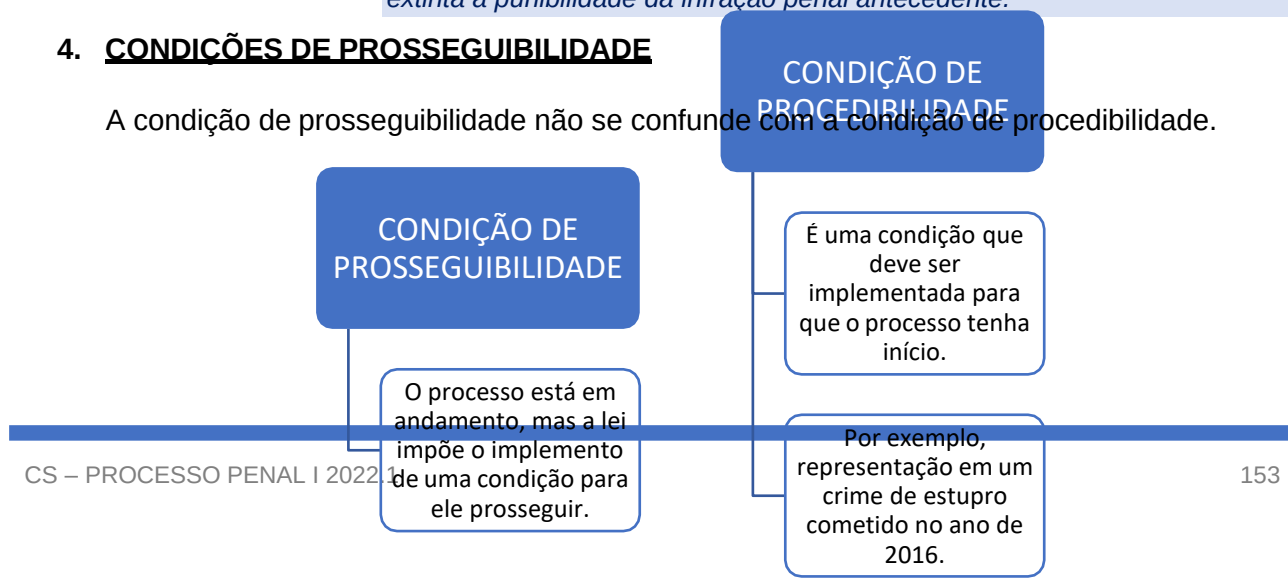
A expressão “justa causa duplicada” se refere à condição para que seja iniciada uma ação penal para julgar um crime de lavagem de capitais, previsto na Lei nº. 9.613/98.

Segundo Renato Brasileiro: “Em se tratando de crime de lavagem de capitais, porém, não basta demonstrar a presença de lastro probatório quanto à ocultação de bens, direitos ou valores, sendo indispensável que a denúncia também seja instruída com suporte probatório demonstrado que tais valores são provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (Lei 9.613/98, art. 1º, caput, com redação dada pela Lei 12.683/12). Tem-se aí o que a doutrina chama de justa causa duplicada, ou seja, lastro probatório mínimo quanto à lavagem e quanto à infração precedente. A propósito, o art. 2º, § 1º, da Lei 9.613/98, estabelece que a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”

Lei 9.613/98, art. 2º, § 1º: A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

4. CONDIÇÕES DE PROSEGUIBILIDADE

A condição de prosseguibilidade não se confunde com a condição de procedibilidade.



Exemplos:

1) Lesão corporal leve

Na PROCEDIBILIDADE há uma condição imposta pela lei, para que o processo tenha início. Lesão corporal leve, art. 129, caput, passou a ser crime de ação penal pública condicionada à representação (antes era APP incondicionada), em virtude do teor do art. 88 da Lei 9.099/95 (lei dos juizados). Neste caso, a representação é uma condição de PROCEDIBILIDADE, pois sem a representação o MP não vai poder dar início ao processo criminal.

Em 1995, quando a lei dos juizados entrou em vigor, a representação funcionava como uma condição de PROSEGUIBILIDADE para os processos penais que já estavam em andamento, e como uma condição de PROCEDIBILIDADE para os processos que ainda não tinham tido início. Vide art. 91 da 9.099/95.

*Lei 9.099/95, art. 88: “Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”. **CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE***

*Lei 9.099/95, art. 91: “Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência”. **CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE***

2) Estupro com violência real (sob a égide da antiga lei)

ANTES DA LEI 12.015/09	DEPOIS 12.015/09
Ação Penal Pública Incondicionada (Súmula 608 STF - superada)	Ação Penal Pública Condicionada. (art. 225 CP)

A representação, à semelhança do art. 91 da Lei 9.099/95, também passou a funcionar como uma condição de prosseguibilidade para os processos que estavam em andamento pelo crime de estupro com violência real?

1ª C (adotar em provas do MP): não há necessidade de representação porque à época em que a denúncia foi oferecida o crime era de ação penal pública incondicionada (ato jurídico perfeito). Ademais, ao contrário da Lei dos Juizados em que a própria lei impôs essa condição de prosseguibilidade, a Lei 12.015/09 foi silente quanto à matéria.

2ª C (adotar em provas da Defensoria/Magistratura): a mudança tem repercussão no Direito Penal porque o não implemento da representação é causa de decadência (causa extintiva da punibilidade). Logo, deve ser aplicado o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Assim, o juiz deveria intimar a vítima para que, a partir do momento da vigência da Lei, ela pudesse implementar essa condição (prosseguibilidade), no prazo de seis meses, sob pena de decadência e consequente extinção da punibilidade.

Importante consignar que após o advento da Lei 13.718/2018 todos os crimes contra a dignidade sexual são de ação penal pública incondicionada. Contudo, é importante saber as correntes acima para eventual prova discursiva ou de sentença, até mesmo pelo fato da Lei 13.718/2018 ser irretroativa (*novatio legis in pejus*), só será aplicada para os crime praticados após 25 de setembro de 2018.

5. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES PENAIS

As ações penais condenatórias subdividem-se em ação penal pública e ação penal (de

iniciativa) privada.

5.1. AÇÃO PENAL PÚBLICA

Possui como titular o Ministério Público (art. 129, I da CF).

*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*

A denúncia é a peça acusatória.

5.1.1. Ação penal pública incondicionada

Recebe a denominação “incondicionada” porque ela não depende de nenhuma condição específica. Ou seja, o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público não depende de representação de ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

A regra é que a Ação Penal é pública incondicionada, salvo quando expressamente a lei declara de modo diverso (CP, art. 100).

CP Art. 100 - A ação penal é PÚBLICA, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido

5.1.2. Ação penal condicionada

O MP depende do implemento de uma condição, ou seja, não pode dar início a persecução através da ação penal sem o implemento da condição (representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça).

Por exemplo, crime de injúria racial.

Deve estar previsto em lei. Caso contrário, seguirá a regra (ação penal pública incondicionada). Em regra, está previsto no próprio crime – exemplo: CP, art. 147, parágrafo único. Contudo, é comum encontrar, ao final de um Capítulo do Código Penal, disposições finais, nas quais o legislador disciplina a ação penal – exemplos: CP, art. 145 (crimes contra a honra) e CP, art. 182 (crimes contra o patrimônio).

5.1.3. Ação penal pública subsidiária da pública

Há inércia de um órgão oficial e, diante disso, outro órgão oficial assume a titularidade da ação penal.

1ª Modalidade: Decreto 201/67 (**crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores**), art. 2º, §2º. Aqui, se o MP não faz nada, pode requerer-se ao PGR alguma providência. ~~MPE fica inerte, recorre-se ao MPF.~~

DL 201/67 Art. 2º O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações.

...

§ 2º Se as providências para a abertura do inquérito policial ou instauração da ação penal não forem atendidas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público estadual, poderão ser requeridas ao Procurador-Geral da República.

Esse dispositivo, no entanto, **não foi recepcionado pela CF/88**, por dois motivos. Primeiro, porque desloca para a justiça federal matéria que não é de interesse da União. Segundo, porque fere a autonomia dos MPs dos Estados, colocando-os em posição de subordinação hierárquica ao MPF.

2ª Modalidade: Código Eleitoral, Art. 357, §§ 3º e 4º. Em crimes eleitorais o MPE age por delegação. Se o MPE for inerte, poderá o Procurador Regional Eleitoral oferecer denúncia subsidiária. **Este dispositivo está em vigor**, pois o MP já age por delegação, não existindo subordinação hierárquica.

CE Art. 357. Verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 (dez) dias.

...

3º Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal representará contra ele a autoridade judiciária, sem prejuízo da apuração da responsabilidade penal.

§ 4º Ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo anterior o juiz solicitará ao Procurador Regional a designação de outro promotor, que, no mesmo prazo, oferecerá a denúncia.

3ª Modalidade: art. 109, V-A da CF que trata do incidente de deslocamento da competência. No inciso V-A há uma causa que, originariamente, seria julgada pela Justiça Estadual, na qual o Ministério Público estadual teria atribuições. No entanto, presentes os pressupostos do deslocamento - inércia do aparato estadual e crime cometido com grave violação aos direitos humanos -, a Constituição prevê que o STJ poderá autorizar o deslocamento da estadual para a Justiça federal, na qual atuará o Ministério Público Federal. Para Renato Brasileiro é a única hipótese viável e concreta.

CF, art.109: “Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (...)”.

5.2. AÇÃO PENAL PRIVADA

O legitimado é o ofendido ou seu representante legal, sendo a peça acusatória a chamada Queixa ou Queixa-crime.

A ideia do legislador é a de que há crimes que atingem um interesse muito próprio ou específico da própria vítima e, por isso, o Estado reconhece que não há interesse nessa persecução penal em razão do “*strepitus iudicii*” (escândalo do processo). Portanto, nada mais razoável do que deixar nas mãos da vítima a legitimidade para ingressar em juízo.

Em algumas hipóteses, o CPP prevê a transferência da legitimidade para um curador especial (CPP, art. 33).

CPP, art. 33: Se o ofendido for menor de 18 (dezoito) anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal

Destaca-se que na sucessão processual o direito de oferecer a queixa-crime é transferido aos sucessores (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão) (CPP, art. 31).

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

Segundo o Renato Brasileiro, o companheiro não poderia ser inserido no rol do art. 31 do CPP, sob pena de analogia *in malam partem*. À primeira vista, a norma parece ser processual. Contudo, quanto menos sucessores o rol possuir, maior será a possibilidade de decadência pelo não exercício do direito. Desta forma, o acréscimo é prejudicial ao acusado porque será mais difícil

configurar a decadência.

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci sustenta que “a lei processual penal admite analogia (art. 3º, CPP), razão pela qual entendemos ser possível estender a legitimidade ativa para a companheira (ou companheiro), quando comprovada a união estável ou desde que esta não seja questionada pelo querelado. A proteção dos interesses da família pode justificar essa iniciativa da pessoa que viva com a outra há muitos anos. Não teria sentido, em se tratando de mera legitimação ativa, excluir a companheira (ou companheiro)”

Obs.: A Corte Especial do STJ, no julgamento da APn 912-RJ (Info 654), entendeu que a companheira, em união estável homoafetiva reconhecida, goza do mesmo status de cônjuge para o processo penal, possuindo legitimidade para ajuizar a ação penal privada. Trata-se de uma interpretação extensiva de norma processual penal.

São três as espécies de ação penal privada:

- Ação Penal Privada Personalíssima;
- Ação Penal Privada Exclusivamente privada;
- Ação Penal Privada Subsidiária da Pública.

Vejamos:

O legitimado é o ofendido

5.2.1. Ação penal privada personalíssima

Somente o ofendido pode ingressar em juízo, ou seja, o direito não é transmitido ao representante legal e nem haverá sucessão processual.

Aqui, a morte da vítima extingue a punibilidade do autor do delito (questão da prova oral TJ/SP).

Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:
Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do CONTRAENTE ENGANADO e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

5.2.2. Ação penal exclusivamente privada

É a regra nos crimes de ação penal privada. Admite sucessão processual.

Exemplo: crimes contra honra, *em geral*.

5.2.3. Ação penal privada subsidiária da pública

Ocorre quando estiver caracterizada a inércia do MP, que legitimará o ofendido ou seu representante legal.

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, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

6. PRINCÍPIOS DAS AÇÕES PENAIS

Há princípios comuns e princípios específicos de cada espécie de ação penal. Observe o quadro abaixo:

AÇÃO PENAL PÚBLICA		AÇÃO PENAL PRIVADA	
<i>Ne procedat iudex ex officio</i> (princípio da inércia da jurisdição)			
Ne bis in idem processual			
Princípio da Intranscendência			
Princípio da Obrigatoriedade (legalidade processual).		Princípio da Oportunidade/Conveniência	
Princípio da Indisponibilidade		Princípio da Disponibilidade	



Cadernos Sistematizados

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Princípio da Indivisibilidade (minoritária)	Princípio da Indivisibilidade
Princípio da Divisibilidade (majoritária)	

A seguir iremos analisar cada um dos princípios.

6.1. **NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO (PRINCÍPIO DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO)**

Ao juiz não é permitido instaurar de ofício um processo penal condenatório. Caso atue de ofício, o juiz violará o sistema acusatório e o princípio da garantia imparcialidade.

Salienta-se que se o processo não for condenatório o juiz poderá instaurar de ofício. Cita-se, como exemplo, o *habeas corpus* (art. 664, §2º do CPP).

CPP, art. 654: “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

(...)

§ 2º: Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

Obs.: O processo judicialiforme (ação penal de ofício) era um processo que se iniciava por meio de portaria do juiz, quando se tratava de contravenção penal, nos termos do art. 26 do CPP. Obviamente, o art. 26 do CPP não foi recepcionado pela CF.

CPP, art. 26: A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial

Por fim, a execução penal poderá ser instaurada de ofício pelo juiz

6.2. **NE BIS IN IDEM PROCESSUAL**

Trata-se da inadmissibilidade da persecução penal múltipla.

Para o Direito Penal, o *ne bis in idem* traz a ideia de que uma mesma circunstância não pode ser sopesada duas vezes. Por exemplo, no homicídio qualificado por motivo fútil não pode ser utilizado a agravante do motivo fútil na dosimetria da pena, já que este qualifica o crime.

No Processo Penal significa que ninguém poderá ser processado duas ou mais vezes pela mesma imputação. Perceba que está diretamente relacionado com a ideia de segurança jurídica.

Encontra previsão no art. 8º, 4 da CADH, possui status normativo supralegal.



CADH, art. 8º: “Garantias judiciais.

(...) ”

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Decisão absolutória ou declaratória extintiva da punibilidade, mesmo que com vício de incompetência absoluta, é capaz de transitar em julgado e produzir seus efeitos, dentre eles, o de impedir que o agente seja novamente processado pela mesma imputação. “Não existe revisão criminal em favor da sociedade”. STF HC 86.606, HC 92.912.

STF: “(...) Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do ne bis in idem pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar”. (STF, 1ª Turma, HC 86.606/MS, Rel. Min. Carmen Lúcia, Dje 72 03/08/2007).

Salienta-se que a proibição se refere a mesma imputação. Assim, o acusado absolvido como autor de homicídio, pode ser processado novamente como partícipe, pois a imputação será diferente.

STJ: “(...) CORRUPÇÃO ATIVA. DUPLA IMPUTAÇÃO. DENÚNCIAS OFERECIDAS CONTRA O PACIENTE. OBJETOS DISTINTOS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA DE IMPUTAÇÃO NA PRIMEIRA DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. Da leitura atenta das denúncias oferecidas contra o paciente, evidencia-se que não houve imputação do crime de corrupção ativa pelos fatos delineados na 2ª Ação Penal. O Órgão Ministerial, com o escopo de melhor delinear o perfil e as atribuições da suposta organização criminosa formada pelo paciente e demais corréus, descreveu a conduta delituosa, objeto da 2ª Ação Penal, sem, contudo, imputá-la na primeira denúncia. O crime de corrupção ativa imputado ao paciente na 1ª Ação Penal refere-se às condutas delituosas que teriam sido praticadas por meio de organização criminosa voltada para fraudes em licitações de remédios e insumos em laboratórios públicos e no Ministério da Saúde”. (STJ, 5ª Turma, HC 91.403/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17/06/2010, Dje 02/08/2010).

No STJ, apesar de não ser uma posição consolidada, houve o julgamento de uma situação peculiar. O MP, inicialmente, denunciou o réu por roubo contra uma agência bancária.

Posteriormente, o MP desejava postular uma nova denúncia contra o mesmo réu porque, no mesmo contexto do roubo à agência bancária, ele também teria roubado o gerente. Segundo STJ, se os roubos à agência e ao gerente foram praticados no mesmo espaço temporal, a denúncia originária deveria ter abrangido os dois crimes. Se não o fez, não poderia ser acrescentado posteriormente, sob pena de violação ao “ne bis in idem” processual, pois, em tese, o indivíduo estaria sendo processado novamente por uma mesma imputação.



Cadernos Sistematizados

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

STJ: “(...) Não obstante as nuances constantes dos decretos condenatórios relativamente aos bens subtraídos pelo paciente, é evidente que as condenações incidiram sobre o mesmo fato criminoso, implicando em indevido bis in idem em desfavor do paciente. Malgrado o roubo cometido contra a vítima PJO, gerente do estabelecimento bancário, não tenha sido apreciado na primeira ação, vindo à tona apenas no segundo processo, ele também se encontra sob o âmbito de incidência do princípio ne bis in idem, porque fora praticado no mesmo contexto fático da primeira ação, podendo ser levado ao conhecimento do juízo de origem já naquela oportunidade, o que não ocorreu. Não há se falar em arquivamento implícito, rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência pátria, porque não se cuida, in casu, de fatos diversos, mas sim de um mesmo fato com desdobramentos diversos e apreciáveis ao tempo da instauração da primeira ação penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a ação penal n. 04504661-2, que tramitou perante o d. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, por violação ao princípio ne bis in idem”. (STJ, 5ª Turma, HC 285.589/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04/08/2015, Dje 17/09/2015).

Obs.: doutrina majoritária entende que se trataria de outro roubo, ainda que praticado no mesmo contexto, não teria sido objeto de imputação. Então, seria perfeitamente possível uma nova denúncia por conta daquele roubo.

6.3. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA

Deriva do princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV da CF

CF, art. 5º, XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

A ação penal só pode ser proposta contra o provável autor ou partícipe do delito penal.

Verifica-se a sua aplicação, principalmente, nos casos que envolvem lavagem de capitais.

6.4. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

É princípio específico da ação penal pública. Também chamado de Princípio da Legalidade Processual.

Significa que presentes as condições da ação penal e havendo justa causa, o MP está obrigado a oferecer denúncia. Desta forma, não se reserva ao MP qualquer juízo de discricionariedade quando constatada a presença de conduta delituosa e das condições da ação penal.

Obs.: “se o legislador incriminou determinada conduta, dando relevância social ao bem jurídico



sua inércia, deixando de manifestar em juízo a pretensão punitiva estatal" (Afrânio Silva Jardim. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 4ª Edição. Forense, 2001. p. 53).

Está previsto no art. 24 do CPP. Com isso, diferentemente do que ocorre com os demais princípios que possuem status constitucional ou convencional, possui status de lei ordinária. Consequentemente, pode ser excepcionado por outra lei ordinária.

CPP, art. 24: Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

6.4.1. Obrigatoriedade X pedido de absolvição pelo MP

De acordo com o art. 385 do CPP, fica claro que o MP poderá opinar pela absolvição. Portanto, o princípio da obrigatoriedade não é incompatível com o pedido da absolvição. Trata-se da garantia da independência funcional do promotor. Ademais, ao MP incumbe zelar por interesses individuais indisponíveis, a exemplo da liberdade de locomoção.

CPP, art. 385: Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Ressalta-se, ainda, que o juiz pode condenar o acusado, mesmo com o pedido de absolvição feito pelo MP.

Alguns doutrinadores (Aury Lopes Jr.) sustentam que, havendo o pedido de absolvição, o juiz seria obrigado a absolver, já que o MP estaria retirando sua pretensão acusatória. Com isso, caso o juiz condenasse, estaria agindo de ofício, em um verdadeiro processo judicialiforme (incompatível com o princípio da inércia da jurisdição).

A maioria da doutrina, e principalmente a jurisprudência, compreendem que, a partir do momento em que denúncia foi oferecida, o juízo foi provocado. Por isso, mesmo que o MP tenha pedido a absolvição, o juiz continua livre para condenar ou para absolver, já que a pretensão punitiva já teria sido deduzida em juízo.

6.4.2. Mecanismo de fiscalização do princípio da obrigatoriedade

O primeiro mecanismo de fiscalização estava previsto na redação do antigo art. 28 do CPP (antes do Pacote Anticrime), o qual tratava do princípio da devolução, outorgando ao juiz uma função anômala do princípio da obrigatoriedade.



CPP, art. 28: Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Em decorrência das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, o arquivamento não mais está sujeito ao controle judicial.

Outro mecanismo de fiscalização é a ação penal privada subsidiária da pública, prevista no art. 29 do CPP, que será admitida quando o MP ficar inerte. A CF outorgou ao MP a titularidade da ação penal pública, mas de nada adiantaria outorgá-la ao órgão ministerial sem que estabelecesse um mecanismo de controle (sistema de freios e contrapesos).

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.

6.4.3. Exceções ao princípio da obrigatoriedade

Como visto acima, o princípio da obrigatoriedade possui status de lei ordinária. Por isso, é possível que uma lei ordinária crie exceções ao princípio.

a) Transação penal

Prevista no art. 76 da Lei 9.099/95

Lei n. 9.099/95, art. 76: Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Trata-se de um acordo celebrado entre o MP e o autor do delito, objetivando o cumprimento imediato de pena restritiva de direito ou pena de multa. É uma exceção já que, se cabível, ao invés de oferecer uma denúncia o MP irá oferecer um acordo.

Alguns autores chamam de discricionariedade regrada. Contudo, para Renato Brasileiro, o correto seria obrigatoriedade mitigada.

b) Acordo de Leniência (acordo de brandura ou acordo de doçura)

É uma espécie de colaboração premiada, relaciona a crimes contra a ordem econômica.

Previsto no art. 86 (administrativo) e 87 (criminal) da Lei 12.259/11.

*Lei n. 12.259/11,
Art. 86: O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte.*



Cadernos Sistematizados



@cadernossistematizados



contato@cadernossistematizado.com

Art. 87: Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional **e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.**

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

c) Parcelamento do crédito tributário

Quando feito antes do recebimento da denúncia, fica suspensa a pretensão punitiva.

Lei 9.430/96, art. 83, § 2º: É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011)

d) Termo de ajustamento de conduta em crimes ambientais

Há controvérsias.

Parte da doutrina entende que o termo de ajustamento de conduta (TAC) em crimes ambientais é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade. Já que, pelo menos enquanto o indivíduo cumpre o TAC, o MP está impedido de oferecer denúncia (falta interesse de agir do órgão ministerial).

Contudo, o STJ entende que o TAC produz reflexos no âmbito administrativo, mas não representa óbice a persecução penal.

STJ: "(...) A assinatura de termo de ajustamento de conduta, com a reparação do dano ambiental são circunstâncias que possuem relevo para a seara penal, a serem consideradas na hipótese de eventual condenação, não se prestando para elidir a tipicidade penal". (STJ, 6ª Turma, HC 187.043/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22/03/2011, Dje 11/04/2011)

e) Colaboração premiada na nova Lei das Organizações Criminosas

Aquele que for o primeiro a colaborar, e não for o líder da organização criminosa, dentre os vários benefícios que pode receber, está o de não ser denunciado.



Lei n. 12.850/13, art. 4º: (...)

§ 4º Nas mesmas hipóteses do **caput** deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração

@cadernossistemizados contato@cadernossistemizado.com

referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo

f) Acordo de não persecução penal

(Ver item 18, dentro do tema Investigação Preliminar)

É um acordo celebrado entre o MP e o autor do delito, devidamente assistido por seu defensor, por meio do qual sujeita-se a determinadas condições. Após o cumprimento, será extinta a punibilidade.

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: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#).

6.5. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE (INDESISTIBILIDADE)

Trata-se de princípio específico da ação penal pública.

O MP não pode desistir da ação penal proposta (art. 42 CPP) e nem do recurso que haja interposto (art. 576 CPP).

Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

EXCEÇÕES (em quais hipóteses o MP pode “dispor” da ação penal):

- a) Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) que cabe em crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano (não só nos juizados).

Lei 9.099/95, art. 89: Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, 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 demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

- b) Transação penal mesmo após o oferecimento da denúncia, no caso de IMPO (art.76 da 9.099/95).

6.6. PRINCÍPIO DA DIVISIBILIDADE

Igualmente, trata-se de princípio específico da ação penal pública.

1ªCorrente (minoritária): entende que, na ação penal pública, vigora o princípio da indivisibilidade. Havendo elementos de informação o MP é obrigado a oferecer denúncia contra todos os acusados. Se precisar aprofundar investigações, não existem elementos suficientes para oferecer denúncia, portanto esta não deve ser oferecida ainda. Não adotar!

2ªCorrente (majoritária): na ação penal pública vige o princípio da divisibilidade, podendo o MP oferecer denúncia contra alguns suspeitos, sem prejuízo do aprofundamento das investigações em relação aos demais

6.7. PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE OU CONVENIÊNCIA

É princípio exclusivo da ação penal privada.

Significa que, mediante critérios próprios de oportunidade e conveniência, cabe ao ofendido deliberar se irá ou não exercer seu direito de queixa ou seu direito de representação.

Caso o ofendido não tenha interesse em exercer o seu direito de queixa, há duas opções:

- a) Decurso do prazo (DECADÊNCIA);
- b) RENÚNCIA ao direito de queixa;

6.8. PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PRIVADA

É princípio exclusivo da ação penal privada.

Trata-se de desdobramento do princípio da oportunidade. Fala-se em oportunidade e conveniência antes do exercício do direito de queixa. A partir do momento em que o direito de queixa foi exercido, fala-se em disponibilidade.

Assim, ainda que o ofendido tenha oferecido queixa-crime, poderá dispor do processo.

O querelante pode dispor da ação penal privada mediante:

- a) PERDÃO do ofendido, que depende de aceitação;
- b) PEREMPÇÃO, que é a desídia processual, com consequente extinção da punibilidade.
- c) DESISTÊNCIA da ação, que depende de concordância do acusado.

6.9. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE

O processo de um obriga ao processo de todos. Ou seja, ou processa-se todos ou não se processa ninguém.

Previsto no art. 48 do CPP.

Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

A renúncia e o perdão concedidos a um dos coautores estendem-se ao demais (no perdão, caso um dos coautores não aceite, continuará correndo contra ele o processo).

Cabe ao Ministério Público fiscalizar o referido princípio.

Contudo, o MP não pode aditar a queixa para incluir coautores, pois não tem legitimidade ativa. Deve, portanto, pedir a intimação do querelante para que adite a queixa, sob a pena de a renúncia concedida a um dos coautores ser estendida aos demais (quando a omissão for involuntária).

STJ: "(...) O reconhecimento da renúncia tácita ao direito de queixa exige a demonstração de que a não inclusão de determinados autores ou partícipes na queixa-crime se deu de forma deliberada pelo querelante" (STJ, HC 186.405/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 11/12/2014)

A indivisibilidade se refere aos envolvidos na prática delituosa e não nos crimes que tenham sido praticados. Ou seja, pode o querelante, se assim quiser, ajuizar o processo contra o querelado no que diz respeito a um único crime, mesmo tendo este cometido outros contra aquele.

7. REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO

7.1. CONCEITO

É a manifestação do ofendido ou de seu representante legal (nos casos de incapacidade ou ausência), no sentido de que possui interesse na persecução penal do fato delituoso.

É como se fosse um “sinal verde” da vítima para que o processo tenha início.

Obs.: Não há necessidade de formalismos. Há julgados dizendo que simples BO (muitas pessoas nem fazem; se o fez, é que tem interesse na persecução penal) ou exame de corpo de delito (se a vítima se submete ao exame com certeza quer a persecução penal) servem como representação.

STJ: “(...) É firme o entendimento desta Corte, nas hipóteses de crimes sexuais, que a representação da ofendida ou de seu representante legal prescinde de rigor formal, sendo suficiente a demonstração inequívoca da parte interessada de que seja apurada e processada. In casu, tal como anotado no parecer ministerial, a narração da violência sexual efetuada pela vítima à autoridade policial e reproduzida em juízo, ostentando riqueza de detalhes, bem se presta a substituir a reclamada representação, que deve ter aqui relevada a sua indispensabilidade”. (STJ, 5ª Turma, HC 89.475/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/08/2008, DJe 22/09/2008).

Destaca-se que a representação só ocorrerá quando o delito tiver uma vítima determinada.

O CP, em seu art. 154-B, determina que os crimes previstos no art. 154-A são condicionados à representação.

CP, art. 154-B: Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito



Cadernos Sistematizados

[@cadernossistematizados](#) [contato@cadernossistematizado.com](#)

Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos”. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012).

Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A: Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º: Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput”.

Perceba que no *caput* do art. 154-A a vítima é determinada. Contudo, o crime do §1º não possui vítima determinada, portanto, não terá como existir representação. Assim, de acordo com Renato Brasileiro, o art. 154-B deve ser interpretado de maneira restritiva, a fim de que a representação seja exigida apenas em relação ao crime do *caput* do art. 154-A. Sendo o §1º um crime de ação penal pública incondicionada.

7.2. NATUREZA JURÍDICA

Em regra, trata-se de uma condição de procedibilidade.

Excepcionalmente, será uma condição de prosseguibilidade, a exemplo do art. 91 da Lei

7.3. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

Retratar-se é voltar atrás, arrepender-se. A ideia é que houve o arrependimento do exercício do direito.

É possível até o **OFERECIMENTO** da denúncia, nos termos do art. 25 CPP. Se o MP já ofereceu a peça acusatória, não haverá retratação.

CPP Art. 25. A representação será irretratável, DEPOIS DE OFERECIDA a denúncia.

OBS: Lei Maria da Penha (art. 11.340/06) – art. 16. Quando o art. 16 da Lei Maria da Penha, usa a expressão renúncia, o faz de maneira equivocada, na medida em que o direito de representação (por exemplo, ameaça) já havia sido exercido. Na Lei Maria da Penha, portanto, a retratação da representação poderá ocorrer, até o RECEBIMENTO da denúncia (diferentemente do CPP). Lembrar que não se aplica à lesão corporal.

Renúncia não se confunde com retratação: quando se fala em retração, significa que já exerceu o direito e se retratou; quando se fala em renúncia, significa que não exerceu o direito e abriu mão dele (neste caso, o MP nem poderia oferecer a denúncia, pois o direito até então não foi exercido).



Cadernos Sistematizados

[@cadernossistematizados](#) contato@cadernossistematizado.com

*Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a **renúncia** (retratação) à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, **ANTES DO RECEBIMENTO** da denúncia e ouvido o Ministério Público.*

O art.16 da Lei Maria da Penha funciona como uma norma especial, já que a retratação poderá ser feita até o recebimento da denúncia, diferente do CPP que é até o oferecimento da denúncia.

7.4. EFICÁCIA OBJETIVA DA REPRESENTAÇÃO

A representação, quando feita, é válida contra todos os coautores e partícipes do crime. Desta forma, se a vítima representou quanto a um fato delituoso, o MP poderá denunciar todos os coautores e partícipes responsáveis por aquele fato delituoso. No entanto, a representação, feita quanto a um crime, não autoriza o Ministério Público a agir quanto a outros crimes que não foram objeto de representação.

Nesse sentido, o HC 98.237/SP. Observe:

STF: "(...) O fato que constitui objeto da representação oferecida pelo ofendido (ou, quando for o caso, por seu representante legal) traduz limitação material ao poder persecutório do Ministério Público, que não poderá, agindo "ultra vires", proceder a uma indevida ampliação objetiva da "delatio criminis" postulatória, para, desse modo, incluir, na denúncia, outros delitos cuja perseguibilidade, embora dependente de representação, não foi nesta pleiteada por aquele que a formulou. (...) Hipótese em que o Ministério Público ofereceu denúncia por suposta prática dos crimes de calúnia, difamação e injúria, não obstante pleiteada, unicamente, pelo magistrado autor da delação

8. REQUISIÇÃO DO MINISTRO DA JUSTIÇA

8.1. CONCEITO

É a manifestação da vontade do Ministro da Justiça demonstrando o seu interesse na persecução penal.

Exemplos: Crime contra a honra do Presidente da República.

8.2. NATUREZA JURÍDICA

Em regra, trata-se de uma condição de procedibilidade. Excepcionalmente, será uma condição de prosseguibilidade.

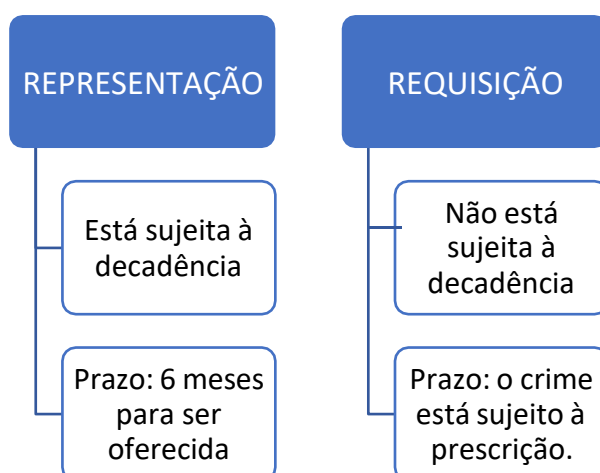
8.3. RETRATAÇÃO DA REQUISIÇÃO

1ªC – Não é cabível, pois não há previsão legal de reconsideração. Trata-se de ato administrativo oriundo do governo mediante atitude do Ministro da Justiça, por isso revestindo de seriedade.

2ªC – é, perfeitamente, possível.

8.4. INEXISTÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL

A requisição do ministro da justiça não está sujeita a prazo decadencial.



9. CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE RELATIVAS À AÇÃO PENAL PRIVADA

Há, pelo menos, quatro causas extintivas da punibilidade relacionadas ao Processo Penal, quais sejam:

- Decadência
- Renúncia ao direito de queixa;
- Perdão do ofendido
- Perempção

Todas estão previstas no art. 107 do CP. Vejamos:

*CP, art. 107: Extingue-se a punibilidade:
(...)*

IV - pela prescrição, decadência ou perempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

9.1. DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO PRIVADA OU DE REPRESENTAÇÃO

9.1.1. Conceito

É a perda do direito de ação penal privada ou de representação, tendo em vista o seu não exercício dentro do prazo legal.

9.1.2. Natureza jurídica

Trata-se de causa extintiva da punibilidade, nos casos de ação penal privada personalíssima e exclusivamente privada.

Obs.: não extingue a punibilidade nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, já que o crime, em sua essência, é de ação penal pública.

9.1.3. Previsão legal

O art. 38 do CPP disciplina a decadência (é a regra). Vejamos:

*CPP, art. 38: **Salvo disposição em contrário**, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.*

9.1.4. Prazo

O prazo de seis meses possui natureza penal, sendo fatal (não se interrompe e nem se suspende) e improrrogável. Assim, o dia do começo será incluído e o dia do final excluído, nos termos do art. 10 do CP.

CP, art. 10: O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum

Por exemplo, imagine que no dia 20 de maio de 2020 ocorreu o crime de ação penal privada. A decadência ocorrerá no dia 20 de novembro de 2020.

Nesse sentido, entendimento do STJ:

*STJ: “(...) Como regra, o prazo da decadência é de 06 (seis) meses e em se tratando de causa de extinção da punibilidade o prazo tem natureza penal, **devendo ser contado nos termos do art. 10 do Código Penal** e não de acordo com o art. 798, § 1º do Código de Processo Penal, quer dizer, inclui-se no cômputo do prazo o dies a quo. Assim, tendo em vista que ambas as queixas foram oferecidas quando já esgotado o prazo legal, há que se reconhecer a extinção da punibilidade do querelado em razão da decadência. Queixas rejeitadas”. (STJ, Corte Especial, Apn 562/MS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/06/2010).*

No prazo de seis meses, verifica-se se o direito de queixa ou de representação foi exercido ou não. Desta forma, mesmo o direito sendo exercido, dentro do prazo de seis meses, perante juiz incompetente, não haverá decadência, já que o direito foi, efetivamente, exercido.

Nesse sentido, entende o STJ:

*STJ: “(...) Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, ainda que perante juízo incompetente, **não há falar em decurso do prazo decadencial**. Precedentes do STF e do STJ”. (STJ, 6ª Turma, HC 11.291/SE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 23/10/2000).*

A contagem do prazo começa a fluir, em regra, a partir do momento em que se tem conhecimento da autoria. Assim, mesmo que o ajuizamento não ocorra, porque o IP não foi concluído a tempo, isso será irrelevante. Percebendo a vítima que o prazo termina, caso queira interromper a fluência, deverá reunir o máximo de elementos que tiver e ingressar com a queixa.

Há, contudo, algumas exceções:

- Crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, art. 236 – prazo começa a fluir após o trânsito em julgado da decisão que anular o casamento.

CP, art. 236, parágrafo único: o prazo começa a fluir a partir do trânsito em julgado da decisão que anular o casamento.

- Ação penal privada subsidiária da pública (art.29) – prazo começa a fluir do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Trata-se de uma decadência imprópria, pois o não exercício gera a perda do direito, mas não é apta a extinguir a punibilidade.

Por fim, salienta-se que nos crimes contra a propriedade imaterial que deixam vestígios, depois que o ofendido tem ciência da autoria do delito, ele possui o prazo decadencial de 6 meses para a propositura da ação penal, nos termos do art. 38 do CPP. Se, antes desses 6 meses, o laudo pericial for concluído, o ofendido terá 30 dias para oferecer a queixa crime. Assim, em se tratando de crimes contra a propriedade imaterial que deixem vestígio, a ciência da autoria do fato delituoso dá ensejo ao início do prazo decadencial de 6 meses (art. 38 do CPP), sendo tal prazo reduzido para 30 dias (art. 38) se homologado laudo pericial nesse ínterim.

O prazo do art. 529 do CPP não afasta a decadência pelo não exercício do direito de queixa em seis meses, contados da ciência da autoria do crime. STJ. 6ª Turma. REsp 1.762.142/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, julgado em 13/04/2021 (Info 692).

9.2. RENÚNCIA DO DIREITO DE QUEIXA

9.2.1. Previsão legal

CP Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime (lembrar que no JECRIM receber indenização pelo dano – composição dos danos civis – implica renúncia).

CPP Art. 50. A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais. Parágrafo único. A renúncia do representante legal do menor que houver completado 18 (dezoito) anos não privará este do direito de queixa, nem a renúncia do último excluirá o direito do primeiro.

9.2.2. Conceito e considerações

Ato unilateral (não depende de aceitação) do ofendido ou de seu representante legal, renunciando ao direito de propor a ação penal privada.

Só ocorrerá antes do exercício do direito de queixa.

Está relacionada ao princípio da oportunidade e da conveniência.

9.2.3. Natureza jurídica

Trata-se de uma causa de extinção da punibilidade, nas hipóteses de ação penal privada personalíssima e exclusivamente privada.

9.2.4. Princípio da indivisibilidade

A renúncia concedida a um a todos aproveita, nos termos do art. 49 do CPP.

CPP Art. 49. *A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.*

ATENÇÃO! Informativo 562 do STJ:

O princípio da indivisibilidade significa que a ação penal deve ser proposta contra todos os autores e partícipes do delito.
Segundo a posição da jurisprudência, o princípio da indisponibilidade só se aplica para a ação penal privada (art. 48 do CPP).
O que acontece se a ação penal privada não for proposta contra todos? O que ocorre se um dos autores ou partícipes, podendo ser processado pelo querelante, ficar de fora? Qual é a consequência do desrespeito ao princípio da indivisibilidade?

- Se a omissão foi **VOLUNTÁRIA (DELIBERADA)**: se o querelante deixou, deliberadamente, de oferecer queixa contra um dos autores ou partícipes, o juiz deverá rejeitar a queixa e declarar a extinção da punibilidade para todos (arts. 104 e 109, V, do CP). Todos ficarão livres do processo.
- Se a omissão foi **INVOLUNTÁRIA**: o MP deverá requerer a intimação do querelante para que ele faça o aditamento da queixa-crime e inclua os demais coautores ou partícipes que ficaram de fora.

Assim, conclui-se que a não inclusão de eventuais suspeitos na queixa-crime não configura, por si só, renúncia tácita ao direito de queixa. Para o reconhecimento da renúncia tácita ao direito de queixa, exige-se a demonstração de que a não inclusão de determinados autores ou partícipes na queixa-crime se deu de forma deliberada pelo querelante.

9.2.5. Espécies

a) Expressa

Trata-se de declaração inequívoca, por parte do ofendido, renunciando ao seu direito.

b) Tácita

Trata-se da prática de ato incompatível com a vontade de processar. Por exemplo, convidar o autor do delito para ser padrinho de casamento.

De acordo com o CP, o recebimento de indenização não é sinônimo de renúncia tácita.

CP Art. 104 Parágrafo único - *Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.*

OBS: na lei dos juizados, a composição dos danos civis, acarreta a renúncia ao direito de representação. Se for um crime de ação privada ou pública condicionada, o acordo equivale a uma renúncia.

Lei 9.099/90 Art. 74 - *A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.*
Parágrafo único - *Tratando-se de ação penal de INICIATIVA PRIVADA ou de ação penal pública CONDICIONADA à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.*

9.3. PERDÃO DO OFENDIDO

9.3.1. Natureza jurídica

Também é uma causa extintiva da punibilidade, nos casos de ação penal privada personalíssima e exclusivamente privada.

CP Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada

9.3.2. Conceito

É um ato bilateral (depende de aceitação do querelado) e voluntário por meio do qual o querelante resolve não prosseguir com o processo que já estava em andamento, perdoadando o acusado.

Perceba que o perdão somente ocorrerá APÓS o exercício do direito de queixa. Por isso, está relacionado ao princípio da disponibilidade, já que o querelante DISPÕE da ação ao perdoar o querelado.

Deve ocorrer até o trânsito em julgado.

9.3.3. Princípio da indivisibilidade

Perdão concedido a um dos querelados estende-se aos demais. Obviamente desde que haja aceitação.

CPP Art. 51. O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar.

Obs.: O perdão dado por uma das vítimas não prejudica o direito das demais.

9.3.4. Espécies de perdão

a) Expresso

Feito por declaração inequívoca.

b) Tácito

Quando for praticado um ato incompatível.

9.3.5. Espécies de aceitação

a) Expressa

b) Tácita

O silêncio do querelado no prazo de três dias, desde que tenha sido intimado, deve ser compreendido como aceitação tácita.

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.

9.3.6. Perdão do ofendido X Perdão judicial

Ambos são causas de extinção da punibilidade.

O perdão do ofendido de modo algum se confunde com o chamado perdão judicial, visto que

naquele quem dá é o querelante, neste é o juiz.

Exemplo: 121, §5º, pais que matam os filhos, consequências para toda vida.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

...

§ 5º - Na hipótese de **PERDÃO JUDICIAL**, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

PERDÃO DO OFENDIDO

Ação penal pública ou privada

Ação penal privada

Concedido pelo ofendido

Concedido pelo juiz

Depende de aceitação

Não depende de aceitação

9.4. PEREMPÇÃO

9.4.1. Conceito

Perda do direito de prosseguir no exercício da ação penal privada EXCLUSIVA ou PERSONALÍSSIMA, em virtude da desídia (desleixo, preguiça) do querelante.

O querelante dá início ao processo, porém se mostra relapso, não conduz a ação como deveria conduzir, então o legislador o pune por essa conduta.

9.4.2. Natureza jurídica

Igualmente, é uma causa de extinção da punibilidade, nos casos de ação penal privada personalíssima ou exclusiva.

Cabe perempção como causa extintiva da punibilidade na ação penal privada subsidiária da pública? NÃO. Porque se o querelante se demonstrar desidioso, o MP volta a assumir a titularidade da ação, ocorrendo a famigerada ação penal indireta.

9.4.3. Decadência X Perempção

Perempção é a perda do direito de PROSSEGUIR com a ação exclusivamente privada ou personalíssima por conta da desídia processual; já a decadência é a perda do direito de INICIAR a ação penal por conta de lapso temporal.

9.4.4. Hipóteses de perempção

CPP Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

Alguns entendem que precisa intimar para movimentar o processo sob pena de perempção, OUTROS não.



Cadernos Sistematizados

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

*II - quando, **falecendo** o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de **60 (sessenta) dias**, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;*

Art. 36. Se comparecer mais de uma pessoa com direito de queixa, terá preferência o cônjuge, e, em seguida, o parente mais próximo na ordem de enumeração constante do art. 31, podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone.

Não é necessária a intimação dos sucessores, se decorrer o prazo de 60 dias, está perempta e extinta a punibilidade.

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

Quanto à 1ª parte do inciso III. Ausência do querelante nos crimes contra honra (procedimento especial), na audiência de conciliação, significa perempção? A ausência do querelante na audiência de conciliação significa que ele não quer conciliar, não significa que ele esteja sendo desidioso.

E no caso de ausência do advogado do querelante à sessão de julgamento do júri (quando se tem querelante no tribunal do júri)? Duas hipóteses:

1ª) Ação penal privada subsidiária da pública (exemplo: vítima da tentativa de homicídio, ou sucessores da vítima que morreu). O MP reassume o polo ativo.

2ª) Litisconsórcio ativo entre o MP e o querelante. Crimes conexos, exemplo: tentativa de homicídio e estupro (sob a égide da antiga lei). A ausência do advogado do querelante importará em perempção em relação ao crime de ação penal privada, pois não terá quem faça as alegações finais (segunda parte do artigo). Quanto ao outro crime, no caso de homicídio, não haverá visto que é de ação penal pública incondicionada.

Voltando ao art. 60 do CPP:

IV - quando, sendo a querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor

Pessoa jurídica pode ser vítima de crime contra a honra? Sim, em relação à honra objetiva (difamação e calúnia), sendo que a calúnia só quanto a crimes ambientais.

9.4.5. Renúncia x Perdão do Ofendido x Perempção

Renúncia	Perdão do Ofendido	Perempção
Causa extintiva de punibilidade	Causa extintiva de punibilidade	Causa extintiva de punibilidade



Princípio da oportunidade e da conveniência.	Princípio da disponibilidade.	Desídia, desleixo.
Antes do início da ação	Depois do início da ação	Depois do início da ação
Unilateral	Bilateral	Unilateral
Princípio da Indivisibilidade	Princípio da Indivisibilidade	Princípio da Indivisibilidade

10. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

Também chamada de ação penal acidentalmente privada/supletiva.

10.1. PREVISÃO LEGAL

CF Art. 5º, LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

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.

CP Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

...

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

10.2. PRESSUPOSTOS

Há dois requisitos para que seja oferecida a “QUEIXA-CRIME SUBSIDIÁRIA / SUBSTITUTIVA DA DENÚNCIA” (este é o nome que deve constar na peça prático-profissional).

1º Requisito: Só é cabível em face da inércia do MP.

Exemplo: se o promotor recebe o inquérito e em 15 dias (acusado solto) não faz nada, a partir do 16º dia cabe ação penal privada. Se pedir arquivamento ou diligência não se trata de inércia, nem de ação subsidiária.

Obs. no HC 74.276, o STF, considerou procrastinatórias diligências solicitadas pelo MP. Consequentemente, o Tribunal entendeu ser possível o ajuizamento de uma ação penal privada subsidiária da pública.

2º Requisito: Deve o crime possuir um ofendido individualizado.

Por exemplo: em crimes de perigo (incolumidade pública posta em risco) não cabe essa ação subsidiária. Assim, tráfico de drogas, quem ofereceria a ação? Não existe.

Exceções (não precisa de um ‘ofendido individualizado’)



1ª Exceção: Código de Defesa do Consumidor (CDC)

CDC Art. 80 - No processo penal atinente aos crimes previstos neste Código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no artigo 82, incisos III (entidades e órgãos da Administração) e IV (associações legalmente constituídas há pelo menos 01 ano), aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Art. 82 - Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, Direta ou Indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; (ex: PROCOM)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

2ª Exceção: Lei de Falência e Recuperação judicial (11.101/05) – Credor habilitado e administrador judicial podem oferecer a ação subsidiária. Art. 184 §único.



LF Art. 184. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

Parágrafo único. Decorrido o prazo a que se refere o art. 187, § 1o, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, qualquer CREDOR HABILITADO ou o ADMINISTRADOR JUDICIAL poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de 06 (seis) meses.

Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

§ 1o O prazo para oferecimento da denúncia regula-se pelo art. 46 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, salvo se o Ministério Público, estando o réu solto ou afiançado, decidir aguardar a apresentação da exposição circunstanciada de que trata o art. 186 desta Lei, devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias.

Art. 186. No relatório previsto na alínea e do inciso III do caput do art. 22 desta Lei, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição



circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir CRIME relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes.

Parágrafo único. A exposição circunstanciada será instruída com laudo do contador encarregado do exame da escrituração do devedor.

10.3. PODERES DO MP

Conforme lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, o Ministério Público, em face da queixa substitutiva, assume a posição de um litisconsorte, porém de natureza *sui generis*, na medida em que não há cumulação de ações contra o mesmo réu.

Pode-se “falar em ‘interveniente adesivo obrigatório’, porquanto, oferecida a queixa, o Ministério Público é obrigado a intervir em todos os termos do processo”. Nessa linha, é a lição de Nestor Távora, para quem o Ministério Público, “*na ação privada subsidiária, figura como interveniente adesivo obrigatório, atuando em todos os termos do processo, sob pena de nulidade (art. 564, III, d, CPP), tendo amplos poderes*”.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos dá intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

10.3.1. Repudiar a queixa, oferecendo denúncia substitutiva

Repudiar a queixa proposta pela vítima, caso entenda que não foi desidioso, e, em seu lugar, oferecer denúncia SUBSTITUTIVA. Esclarece Nestor Távora que quando a vítima “*ingressa com a ação penal privada subsidiária, a petição inicial é a queixa-crime SUBSIDIÁRIA da denúncia que não foi apresentada. Por sua vez, quando o MP repudia a queixa, por entender que não houve omissão, a denúncia é SUBSTITUTIVA*” da queixa repudiada

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.

10.3.2. Aditar a queixa, tanto em seus aspectos formais, como materiais

Exemplo: aditar circunstância de tempo e lugar. Pode inclusive aditar para incluir coautores, afinal de contas, o MP é o legitimado nesta ação penal.

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.

10.3.3. Se o querelante for negligente, o MP reassume o polo ativo da ação penal

É a chamada ação penal INDIRETA.

*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, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, **RETOMAR a ação como parte principal.***

10.4. PRAZO

Exemplo: MP recebe os autos 06/04 (réu solto – 15 dias – prazo processual), prazo começa a contar dia 07 e vai até dia 21 (feriado, sendo feriado, o prazo passa para o próximo dia útil subsequente, ou seja, dia 22/04), então no dia 22 é o último dia para o MP oferecer denúncia. Sendo assim, dia 23, nasce o direito de queixa subsidiária. Tem-se 06 meses para oferecer a queixa subsidiária – dia 22/10 terminará o prazo para a queixa subsidiária (prazo penal).

OBS: apesar de no dia 22/10 operar-se a decadência do direito de queixa subsidiária, não estará extinta a punibilidade, POIS, a ação penal é de natureza pública. É a chamada **DECADÊNCIA IMPRÓPRIA. Isso significa que o promotor ainda pode denunciar.**

11. ACÇÃO PENAL POPULAR

A doutrina cita dois exemplos:

- Habeas Corpus
- Faculdade de qualquer cidadão oferecer “denúncia” (*notitia criminis*) por crime de responsabilidade praticado por agentes políticos.

Críticas:

Habeas corpus não se trata de uma ação penal por excelência (ação penal propriamente dita), mas sim de uma ação libertária, um meio de impugnação autônomo.

Faculdade de qualquer cidadão oferecer “denúncia” por crime de responsabilidade? Vejamos:

Quanto à “denúncia” perante o Senado Federal das autoridades mencionadas no art. 52, I e II da CF c/c arts. 14 e 41 da lei 1.079/50:



Lei 1.079/50 Art. 14. É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

Art. 41. É permitido a todo cidadão denunciar perante o Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República, pelos crimes de responsabilidade que cometerem (artigos 39 e 40).



“Não se caracteriza o procedimento desencadeado junto ao Senado Federal contra os agentes rotulados no art. 53, I e II da CF uma **ação penal**, mas sim um **procedimento de natureza política visando à apuração de infrações político-administrativas**. Pensar o contrário é aceitar a existência de uma ‘ação penal’ sem crime’ (não há pena privativa de liberdade cominada, sequer alternativamente)”.

Quanto à “denúncia” perante Tribunais das autoridades referidas no art. 41-A c/c arts. 39-A e 40-A Único, II todos da lei 1.079/50:

Art. 41. É permitido a todo cidadão denunciar perante o Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República, pelos crimes de responsabilidade que cometerem (artigos 39 e 40).

“Absolutamente inconstitucional e, por conseguinte, sem espaço no ordenamento jurídico vigente, esta ‘ação penal popular’ intentada por ‘qualquer cidadão’ perante os Tribunais. Esta ‘denúncia’ deve vir a ser considerada como uma simples **notícia criminis postulatória**, a ser encaminhada, pelo tribunal em que deduzida, ao MPF para as devidas providências. Isso deflagraria uma ofensa ao art. 129, I da CF que vislumbra a **atribuição exclusiva** do MP para intentar tal ação penal.”

Logo, a doutrina majoritária entende **não existir no Brasil Ação Penal Popular** (Avena).

Em sentido contrário: Tourinho Filho.

12. **AÇÃO PENAL ADESIVA**

Para o professor Nestor Távora, seria o litisconsórcio ativo entre o MP (no crime de ação penal pública) e o querelante (nas hipóteses de ação penal privada). Exemplo: Estupro (antes de 2009) de ação penal privada conexo com tentativa de homicídio. O MP oferece denúncia e a vítima queixa. As ações correriam juntas pela conexão.

Para o professor LFG, só existe na Alemanha. O MP ingressa com a Ação Penal pública, oportunidade em que a vítima ingressa de maneira adesiva, porém com objetivos indenizatórios.



Tourinho Filho/Denilson Feitoza: Alemanha também, nos crimes de ação penal privada, é possível que o MP promova ação penal, desde que visualize um interesse público. Neste caso, o ofendido ou seu representante legal pode intervir no processo como assistente.

OBS: não confundir com a atuação obrigatória adesiva do MP (“interveniente adesivo obrigatório”) na ação penal privada subsidiária da pública.

13. AÇÃO DE PREVENÇÃO PENAL

Ação a ser proposta contra o inimputável do art. 26, caput, do CP, pois é uma denúncia que não pede condenação, mas medida de segurança, a chamada **absolvição imprópria**.

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.

De acordo com Renato Brasileiro, “é aquela ajuizada com o objetivo de se aplicar ao inimputável do art. 26, caput, do CP, exclusivamente, medida de segurança. Verificando-se que o acusado, em virtude de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (CP, art. 26, caput), deve o inimputável ser absolvido (absolvição imprópria), aplicando-se a ele medida de segurança. Nessa hipótese, surge a denominada ação de prevenção penal, cuja finalidade é a aplicação de medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial). Logo, como observa Tourinho Filho, a ação penal condenatória se bifurca: a ação penal propriamente dita, tendo por finalidade a aplicação a pena privativa de liberdade, e a ação de prevenção penal, visando à imposição de medida de segurança”

14. AÇÃO PENAL SECUNDÁRIA

Ocorre quando as circunstâncias do caso concreto fazem variar a modalidade de ação penal a ser ajuizada.

Exemplo: crimes contra a honra.

Regra ação penal privada, que pode virar pública condicionada ou até mesmo incondicionada.

Crimes contra o patrimônio, art. 182 do CP (escusas absolutórias relativas), cometidos sem violência ou grave ameaça podem depender de representação, ou seja: ação penal secundária.

15. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A HONRA

A regra é a Ação Penal Privada. Há algumas exceções, vejamos:

15.1. INJÚRIA REAL MEDIANTE VIAS DE FATO

- Injúria real cometida mediante lesão corporal GRAVE ou GRAVÍSSIMA: Ação Penal Pública Incondicionada

- Injúria real cometida mediante lesão corporal LEVE: Ação Penal Pública condicionada à representação. CP Art. 140, §2º → 9.099/95.



CP Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 2º - Se a **injúria consiste em violência ou vias de fato**, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, **além da pena correspondente à violência.**

Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Lei. 9.099/90 Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

- Injúria qualificada / “injúria-preconceito” / “racismo impróprio” (140§3º - alteração 12.033/09): antes da nova lei, a ação era privada. **Hoje, é crime de ação penal pública condicionada à representação.**

CP Art. 140 § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, **e mediante REPRESENTAÇÃO do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código.** (Redação dada pela Lei nº 12.033. de 2009)

OBS: CRIME DE RACISMO (lei 7.716/89) é de **ação penal pública incondicionada**. Não atinge só a honra de uma pessoa, é uma oposição indistinta a toda uma raça, etnia, religião, procedência nacional. STJ RHC 19166 e STF HC 90187.

INJÚRIA QUALIFICADA (ART. 140, §3º CP) “RACISMO IMPRÓPRIO”	RACISMO (LEI 7.716/89)
Bem jurídico tutelado: honra subjetiva.	Bem jurídico tutelado: igualdade e pluralidade social.
Ofensa dirigida a uma pessoa.	Ofensa não é necessariamente dirigida a uma pessoa determinada (no art. 20, por exemplo, não é).
Sujeito passivo: Pessoa ofendida em sua honra subjetiva.	Sujeito passivo: Toda a sociedade, a qual interesse o respeito à igualdade e pluralismo.
O agente atribui qualidades negativas, fazendo referência a algum tipo de preconceito. Ex1: Seu albino imundo!	O agente segrega a vítima do convívio social. Ex1: Você não vai trabalhar na minha escola porque é um albino!



Ex2: O argentino que chamou o Grafite de “macaquito”.		Ex2: se tivessem dito para o Grafite: “você não vai jogar porque você é um negro safado”.
Prescritível		Imprescritível
Afiançável		Inafiançável (lembrando que cabe liberdade provisória sem fiança).
ANTES Lei 12.033/09. Ação penal privada	DEPOIS Lei 12.033/09 Ação pública condicionada à representação (art. 145, §único CP).	Ação pública incondicionada

15.2. CRIME CONTRA A HONRA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.

15.3. CRIME CONTRA A HONRA DE SERVIDOR PÚBLICO EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES

Duas possibilidades: Ação Pública condicionada à representação ou Ação Privada. Legitimidade concorrente (ALTERNATIVA – oferece denúncia ou queixa-crime).

Súmula 714 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.

*STF: “(...) Ação penal: crime contra a honra do servidor público, propter officium: legitimação concorrente do MP, mediante representação do ofendido, ou deste, mediante queixa: **se, no entanto, opta o ofendido pela representação ao MP, fica-lhe preclusa a ação penal privada: electa una via...** II. Ação penal privada subsidiária: descabimento se, oferecida a representação pelo ofendido, o MP não se mantém inerte, mas requer diligências que reputa necessárias. III. Processo penal de competência originária do STF: irrecusabilidade do pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral da República, se fundado na falta de elementos informativos para a denúncia”. (STF, Pleno, Inq. 1.939/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03/03/2004).*

OBS: temos ainda, mais duas exceções fora do CP: no CPM e no Código Eleitoral (aquela citada acima, do candidato em período eleitoral: cabe ao MPF ajuizar a ação).

16. ACÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO LEVE PRATICADOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A Lei dos Juizados Especiais dispõe que a ação penal, nos casos de lesão corporal leve e culposa, é condicionada à representação.

Lei 9.099/90 Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.



A Lei Maria da Penha, em seu art. 41, veda a aplicação da Lei 9.099/95.

REDAÇÃO ORIGINAL	DEPOIS DA LEI 12.015/2009	DEPOIS DA LEI 13.718/18
------------------	------------------------------	----------------------------

de 26 de setembro de 1995.

Em sede da ADI-4424 e ADC-19, o STF, reconheceu a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 11.340/06 (Lei "Maria da Penha") e decidiu, que em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a **ação penal é pública INCONDICIONADA**. Observem, entretanto, que permanece a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099, como o de ameaça (CP 147, parágrafo único). Assim, a renúncia (retratação) à representação a que se refere o art. 16 da Lei 11.340 tem cabimento nos crimes que dependem de representação.

Após o STJ editou a Súmula 536, vejamos:

Súmula 536 STJ – a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

Renato Brasileiro destaca que em relação à lesão culposa a ação será condicionada à representação, já que não está abrangida pela Lei Maria da Penha.

17. **ACÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

A Lei 13.718/2018, entrou em vigor em 25 de setembro de 2018, alterou a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

Perceba que não é caso de aplicação imediata da lei, uma vez que, apesar de tratar de matéria processual penal, é matéria que está sujeita às regras de Direito Penal. As mudanças na espécie de ação penal de privada para pública condicionada à representação, com as alterações feitas pela Lei 12.015/2009, repercutiram no Direito Penal, já que o indivíduo deixa de ter direito as causas extintivas de punibilidade voltadas exclusivamente para a ação penal privada (decadência do direito de queixa, renúncia ao direito de queixa, perdão do ofendido e perempção, havendo claro prejuízo ao réu. Igualmente, quando se passou de ação penal pública condicionada à representação para ação penal pública incondicionada (alteração feita pela Lei 13.718/2018) alguns institutos deixarão de ser aplicados (decadência do direito de ação), sendo mais gravoso.

Por se tratar de uma lei mais gravosa (*novatio legis in pejus*), é dotada de irretroatividade, ou seja, será aplicada apenas para os crimes praticados após a sua vigência. Por isso, é importante traçar um panorama acerca da redação original do art. 225 do CP, das mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009 e, por fim, das alterações feitas pela Lei 13.718/2018.

REGRA	Ação Penal Privada	Ação Penal Condicionada à Representação	Ação Penal Pública Incondicionada
-------	--------------------	---	-----------------------------------



EXCEÇÃO	<ul style="list-style-type: none">- Vítima pobre (AP condicionada à representação, mesmo havendo defensoria na comarca. STF RHC 88143).- Abuso de poder familiar (AP pública incondicionada)- Crime sexual + lesão grave ou morte (AP pública incondicionada)- Violência real (emprego de força física sobre o corpo da vítima como forma de vencer sua resistência – AP pública incondicionada). Nesse sentido, a Súmula 608 do STF (está ultrapassada, para a doutrina), que possuía fundamento no art. 101 do CP (ação penal extensiva)	<ul style="list-style-type: none">- Vítima menor de 18 anos- Vítima vulnerável <p>Em ambos, será ação penal pública incondicionada.</p> <p>Obs.: Há no art. 225 do CP uma aparente contradição entre o caput e o parágrafo único. A doutrina sustentava que crimes contra vulneráveis seriam de ação penal pública incondicionada. Contudo, o STJ passou a entender que vulnerabilidade deveria ser analisada caso a caso. Sendo uma vulnerabilidade transitória, a ação penal será pública condicionada à representação; sendo uma vulnerabilidade permanente, a ação penal será pública incondicionada.</p> <ul style="list-style-type: none">- Crime sexual + lesão grave ou morte: apesar da lei não ter ressalvado, é um absurdo dizer que para esse caso a ação seria condicionada, seria	Não há mais exceções.
----------------	---	--	-----------------------



		uma violação ao princípio da proporcionalidade, na modalidade de defesa deficiente. (Prof. Paulo Rangel). Portanto, deveria ser mantida a AP pública incondicionada. Tramita a ADI 4301.	
--	--	--	--

ATENÇÃO!!!! Destaca-se que no HC 125.360 (Info 892) o STF entendeu que a Súmula 608 continua válida. Vejamos os comentários do Prof. Márcio Cavalcante (Dizer o Direito):

A Súmula 608 do STF permanece válida mesmo após o advento da Lei nº 12.015/2009. Assim, em caso de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada mesmo após a Lei nº 12.015/2009.
STF. 1ª Turma. HC 125360/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/2/2018 (Info 892).

Com a edição da Lei 12.015/2009, a maioria da doutrina defendeu a ideia de que esta súmula teria sido superada. Isso porque o caput do art. 225 do Código Penal falou que a regra geral no estupro é a ação pública condicionada. Ao tratar sobre as exceções nas quais o crime será de ação pública incondicionada, o parágrafo único do art. 225 não fala em estupro com violência real. Logo, para os autores, teria havido uma omissão voluntária do legislador.

O STF acatou esta tese? Depois da Lei 12.015/2009, o estupro praticado mediante violência real passou a ser de ação pública condicionada? Com a Lei nº 12.015/2009, a Súmula 608 do STF perdeu validade? 1ª Turma do STF decidiu que: A Súmula 608 do STF permanece válida mesmo após o advento da Lei 12.015/2009. Assim, em caso de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada. STF. 1ª Turma. HC 125360/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/2/2018 (Info 892).

Destaca-se que a Lei 13.718/2018 retira qualquer dúvida que ainda poderia existir e, portanto, o enunciado da Súmula 608 do STF continua válido, apesar de ser atualmente inútil, considerando que todos os crimes contra a dignidade sexual são de ação penal pública incondicionada.

A partir da vigência da Lei 13.718/2018, todos os crimes contra a liberdade sexual são de ação penal pública incondicionada, são eles:

- Estupro (art. 213 do CP)
- Violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP)
- Importunação sexual (art. 215-A do CP)
- Assédio sexual (art. 216-A do CP)
- Estupro de vulnerável (art. 217-A do CP)



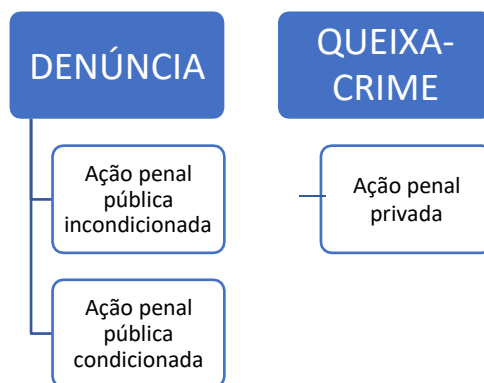
- Corrupção de menores (art. 218 do CP)
- Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A do CP)
- Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou vulnerável (art. 218-B do CP)
- Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C do CP)

Indaga-se: o art. 225 do CP prevê ação penal pública incondicionada para os crimes previstos nos capítulos I e II (os listados acima). Diante disso, como ficam os crimes previstos nos demais capítulos? Renato Brasileiro afirma que, apesar do silêncio do legislador, também são de ação penal pública incondicionada. Como visto, a regra para todo e qualquer crime é pública incondicionada, será de ação penal privada ou de ação penal condicionada à representação apenas quando a lei assim previr, no silêncio da lei segue a regra geral.

18. PEÇA ACUSATÓRIA

18.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A peça acusatória poderá ser uma denúncia ou uma queixa-crime, conforme a espécie de ação penal.



Indaga-se: é possível haver um único processo com as peças acusatórias (denúncia + queixa-crime)? Sim! É o que se chama de *simultaneous processos*, ocorrendo nos casos de conexão ou de continência.

18.2. REQUISITOS

Os requisitos da denúncia e da queixa-crime são semelhantes, estão previstos no art. 41 do CPP.





A única diferença é que a queixa-crime precisa estar acompanhada de uma procuração com poderes especiais.

Analisaremos os seguintes requisitos:

- “Exposição do fato criminoso”;
- Identificação do Acusado;
- Classificação do Crime;
- Rol de testemunhas;
- Em vernáculo;
- Subscrita pelo promotor/advogado.

18.2.1. Exposição do fato delituoso

Consiste na narrativa do fato delituoso, com todas as suas circunstâncias, de maneira simples, objetiva e descritiva, sob a pena de inviabilizar o direito de defesa, pois, no processo penal, o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados.

Salienta-se que a narrativa deve responder questionamentos básicos: como? Quando? Quem? O que? Por quê? Contra quem?

Segundo Renato Brasileiro, imputação “é a atribuição a alguém da prática de determinada infração penal, funcionando como o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal”

OBS1: quando se tratar de crime culposos, é **imprescindível** que o titular da ação penal (MP ou querelante) descreva em que consistiu a imprudência, negligência ou imperícia.

A inobservância deste requisito acarreta a inépcia da peça acusatória, pois viola o princípio da ampla defesa. (INÉPCIA FORMAL), a peça deve ser rejeitada pelo juiz. Art. 395, I.

*CPP Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I - for manifestamente inepta;*

OBS2: Caso não haja a rejeição da peça acusatória, prevalece o entendimento que deve ser arguida pela defesa até a sentença. Os tribunais entendem que se não foi arguida a inépcia até a sentença, o indivíduo conseguiu defender-se, portanto não teria motivo para alegar isso em esfera recursal (teoricamente teria ocorrido preclusão).

Denúncia que não indica a data do delito é inepta? Não. Exemplo: corpo boiando, não se sabe a data do delito, mas, fica comprovado quem foi um homicídio.

Doutrina diferencia a presença/ausência de elementos necessários e secundários na peça acusatória. Vejamos:

- **Elementos NECESSÁRIOS (essenciais):** são aqueles necessários para identificar a conduta como fato típico. A ausência destes elementos causa evidente prejuízo à defesa e, portanto, nulidade absoluta. Não se pode imaginar uma denúncia sem esses elementos essenciais, uma denúncia que não os têm, não narra um fato



criminoso.

- **Elementos SECUNDÁRIOS (acidentais):** são aqueles ligados às circunstâncias de tempo ou de espaço cuja ausência nem sempre prejudica a ampla defesa, portanto, eventual vício quanto a um elemento acidental, pode produzir, no máximo, uma nulidade relativa.

O que é “CRIPTOIMPUTAÇÃO”? É a imputação contaminada por grave deficiência na narrativa do fato delituoso. Espécie de denúncia criptografada, em códigos.

O que é “DENÚNCIA GENÉRICA”? *Tem sido aceita?* É a denúncia que não individualiza a conduta do agente, imputa fato a agente sem descrever a conduta ou diversos fatos a agentes indistintamente. A discussão ganha relevo quando se trata de crimes societários (crimes de gabinete): se vale de uma PJ como manto protetivo. A denúncia genérica, aqui, é aquela que inclui o diretor, o gerente, o preposto da pessoa jurídica na ação apenas por ele ostentar essa qualidade, entretanto não descreve qual foi a conduta criminosa dessa pessoa. Não estabelece o mínimo de vínculo entre o comportamento dessa pessoa e o crime. Por isso, a denúncia genérica é inepta, devendo ser rejeitada por impedir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A partir do momento que o STF começou a afastar a denúncia genérica, surge a doutrina de Pacelli diferenciando acusação GERAL e acusação GENÉRICA:

- Acusação GERAL: ocorre quando o órgão da acusação imputa a todos os acusados o mesmo fato delituoso, independentemente das funções exercidas por eles na empresa. UM fato só – não há inépcia, não viola o princípio da ampla defesa, o indivíduo como integrante da sociedade sabe de qual fato típico tem de se defender.
- Acusação GENÉRICA: ocorre quando a acusação imputa vários fatos típicos, imputando-os genericamente a todos os integrantes da sociedade. VÁRIOS fatos típicos - há inépcia, com vários fatos típicos, de qual deles irei me defender? Violação da ampla defesa, nulidade absoluta.

Agravantes devem constar na denúncia?

Para a jurisprudência, agravantes não precisam constar da peça acusatória (usam o art. 385 CPP). Para a doutrina, isso viola a ampla defesa e o contraditório (DPE).

CPP Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Norberto Avena afirma que ao contrário do que ocorre com as qualificadoras, a inclusão de agravantes na denúncia é uma faculdade do MP. Esta conclusão, inclusive depreende-se dos próprios termos do art. 385 do CPP, quando prevê que o juiz pode reconhecer agravantes na sentença, “embora nenhuma tenha sido alegada”.

E as MAJORANTES devem constar na denúncia?

Tratando-se de majorantes previstas na PARTE ESPECIAL do CP, exigem, para o fim de serem reconhecidas, a explicitação na denúncia ou queixa. Todavia, se forem as da PARTE GERAL do CP, não é imprescindível que tenham sido expressamente mencionadas na peça acusatória (exemplo: concurso formal próprio e crime continuado, podendo ser reconhecidos pelo juiz na sentença caso exsurjam do contexto imputado ao réu).



18.2.2. Qualificação do acusado

É indicar o nome, o RG, o CPF, a filiação, o endereço do acusado.

É possível denúncia contra pessoa INCERTA? Pessoa incerta é a pessoa fisicamente certa, sobre a qual não temos dados pessoais, porém, dispomos de elementos pelos quais seria possível sua identificação.

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.

Cuidado, o CPP é de 1942, talvez àquela época fosse possível esse tipo de denúncia. Hoje, existe a possibilidade que não se cogitava à época de 40: identificação criminal. Assim, se a pessoa não fornece elementos para sua identificação, pode-se fazer a identificação criminal.

Em 2008 (Lei 11.719/08), foi extinta a possibilidade de citação por edital quando o acusado fosse pessoa incerta (revogado art. 363 II). Isso significa que **já não cabe mais denúncia contra pessoa incerta**.

18.2.3. Classificação do crime

Não é requisito obrigatório. No processo penal, o acusado não se defende da classificação e sim dos fatos que lhe são imputados. Isto porque o juiz na hora da sentença pode fazer: *emendatio libelli* ou *mutatio libelli*.

Vejamos:

a) *Emendatio libelli*

Não há alteração em relação ao FATO delituoso, limitando-se o juiz a modificar a CLASSIFICAÇÃO formulada na peça acusatória, ainda que tenha que aplicar pena mais grave.

Exemplo: o MP oferece denúncia descrevendo um furto, mas classifica de maneira errada, como estelionato. Na hora da sentença, o juiz a corrige.

b) *Mutatio libelli*

Ocorre quando o FATO que se comprovou pela instrução é diverso daquele narrado na peça acusatória (surge no curso da instrução prova de ELEMENTAR ou CIRCUNSTÂNCIA não contida na peça acusatória). Abre-se em seguida, prazo para a defesa se manifestar. Art. 384 CPP.

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Exemplo: na denúncia o fato imputado é furto. Durante o curso do processo, ouve-se a vítima e percebe-se que é caso de roubo, surge uma elementar não contida na peça acusatória: violência, que nos leva ao delito de roubo.



Se o juiz condena automaticamente por roubo, violará o princípio da ampla defesa (fato que não foi imputado ao acusado), o sistema acusatório, e o princípio da correlação acusação/sentença. Antes da condenação, o MP terá de fazer então aditamento da peça acusatória imputando o roubo. Aí, então, não se falará mais em violação dos princípios.

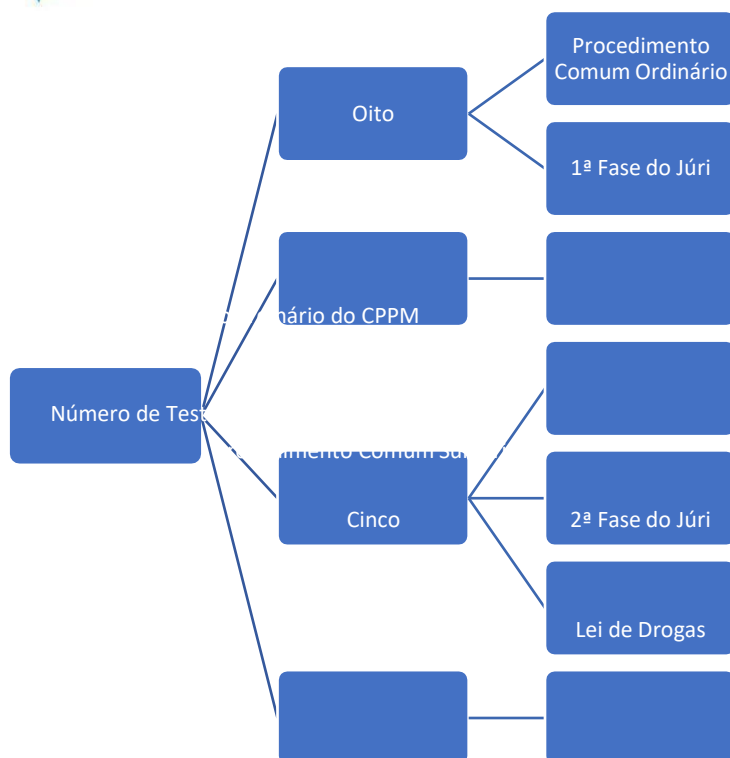
18.2.4. Rol de testemunhas

O número de testemunhas é por fato delituoso imputado.

STJ: “(...) O limite máximo de 8 (oito) testemunhas descrito no art. 401, do Código de Processo Penal, deve ser interpretado em consonância com a norma constitucional que garante a ampla defesa no processo penal (art. 5º, LV, da CF/88). Para cada fato delituoso imputado ao acusado, não só a defesa, mas também a acusação, poderá arrolar até 8 (oito) testemunhas, levando-se em conta o princípio da razoabilidade e proporcionalidade”. (STJ, 5ª Turma, HC 55.702/ES, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 05/10/2010).

O rol de informantes e vítimas não entra nessa contagem.

Não é obrigatório apresentação de rol de testemunhas. Consequência do não oferecimento de testemunhas é a PRECLUSÃO.





18.2.5. Em vernáculo

Em idioma português.

18.2.6. Subscrita pelo promotor/advogado

Se o promotor se esquecer de assinar? A doutrina entende que a ausência de assinatura na denúncia será considerada mera irregularidade caso a quota apresentada pelo promotor esteja devidamente assinada.

18.3. PROCURAÇÃO PARA QUEIXA-CRIME

Para oferecer queixa-crime é indispensável a capacidade postulatória. Assim, o ofendido terá que contratar um advogado ou ser assistido por um Defensor Público para ajuizar a queixa-crime, salvo se o próprio ofendido for advogado (neste caso, ele terá capacidade postulatória).

Se o ofendido (querelante) deseja protocolar a queixa-crime, deverá outorgar ao advogado uma procuração especial, ou seja, uma procuração com *poderes especiais* para este ato.

Esta exigência está prevista no art. 44 do CPP:

Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato (obs.: instrumento do mandato = procuração) o nome do querelante (aqui houve um equívoco, pois o legislador quis dizer “nome do querelado”) e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.

Desse modo, para que o advogado protocolize queixa-crime em nome do ofendido, deverá possuir uma procuração especial (procuração específica) que, além dos requisitos normais de uma procuração geral, contenha as seguintes informações:

a) Nome do querelado

Obs.: o art. 44 fala em “nome do querelante”, mas a doutrina e a jurisprudência afirmam que foi um equívoco, já que o nome do querelante já constaria normalmente mesmo que fosse uma procuração geral.

b) Menção do fato criminoso

O que é o fato criminoso? NÃO (posição do STJ) SIM (posição da 2ª Turma do STF)

Não é necessário que se narre o fato criminoso na procuração, bastando que se indique o nome do querelado e o artigo do Código Penal que ele teria praticado.
Basta a menção do *nomen iuris* ou do dispositivo penal.

É necessário que a procuração individualize o evento delituoso, não bastando que apenas mencione o *nomen iuris* do crime.

Ex: procuração para oferecer queixa-crime contra Fulano pela prática do crime de injúria ocorrida no dia XX, por meio de palavras proferidas no lugar

artigo 44 do Código de Processo Penal. (...) Exigir que o instrumento de mandato contenha descrição pormenorizada da conduta típica atribuída ao querelado seria fomentar o apego excessivo a formalismo desnecessário, já que tal requisito deve estar contido na própria queixa-crime, peça por meio da qual o ofendido manifesta a sua intenção em submeter o seu ofensor à persecução penal, sob pena de ser considerada inepta, nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal. (STJ. 5ª Turma. HC 119.827/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 15/12/2009)

expressa ao fato criminoso, de modo que o instrumento de mandato judicial contivesse, ao menos, referência individualizadora do evento delituoso e não apenas o *nomen iuris*. Asseverou-se, por outro lado, não ser necessária a descrição minuciosa ou a referência pormenorizada do fato. (...) (STF. 2ª Turma. RHC 105.920/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 08/05/2012)



Outra pergunta sobre o tema:

Na procuração especial para o oferecimento da queixa-crime, a assinatura do querelante (ofendido) precisa ter a firma reconhecida? NÃO. Este é o entendimento mais atual do STJ:

À míngua de previsão no Código de Processo Penal sobre a necessidade de reconhecimento da firma do outorgante na procuração para o oferecimento da queixa-crime, por força do disposto no artigo 3º do aludido diploma legal, aplica-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil. Com a alteração promovida no artigo 36 do CPC com o advento da Lei n. 8.952/94, pacificou-se neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é desnecessário o reconhecimento de firma em procuração outorgando poderes especiais para a defesa de interesses em juízo. Precedentes. (HC 119.827/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/12/2009)

Veja agora seguinte o caso concreto julgado pelo STJ (com adaptações):

João outorgou uma procuração ad judicia (poderes para o foro em geral) para o Dr. Roberto (advogado). Dr. Roberto, por sua vez, substabeleceu os poderes que recebeu de João para Dr. Pedro. No substabelecimento, Dr. Roberto fez constar que Dr. Pedro poderia também ajuizar queixa-crime em nome de João. Diante disso, Dr. Pedro propôs uma queixa-crime, em nome de João, contra Antônio.

Essa queixa-crime é válida?

NÃO. O STJ decidiu que é nula a queixa-crime oferecida por advogado substabelecido por outro advogado que recebeu do querelante apenas os poderes da cláusula ad judicia et extra (poderes para o foro em geral), ainda que ao instrumento de substabelecimento tenha sido acrescido, pelo substabelecido, poderes especiais para a propositura de ação penal privada.

A procuração é o instrumento pelo qual uma pessoa nomeia outra de sua confiança como seu representante (procurador), para agir em seu nome em determinada situação. É a procuração que define o conteúdo, os limites e a extensão do poder de representação. O substabelecimento, por sua vez, é um ato de transferência dos poderes outorgados na procuração inicial para que terceira pessoa possa praticar os mesmos atos, ou seja, é o repasse de poderes.

Ora, se o advogado originário não recebeu poderes para ajuizar queixa-crime, ele não poderá substabelecer para outro advogado poderes para propor queixa-crime. Em palavras mais simples, o advogado não pode substabelecer poderes que não recebeu. Apenas os poderes originariamente outorgados podem ser transferidos.

Assim, deve ser tida por inexistente a inclusão, ao substabelecer, de poderes especiais para a propositura de ação penal privada, se eles não constavam do mandato originário. Portanto, cabe reconhecer a nulidade da queixa-crime, por vício de representação, tendo em vista que a procuração outorgada para a sua propositura não atende às exigências do art. 44 do CPP.

19. AÇÃO CIVIL EX DELICTO

19.1. INTRODUÇÃO

Às vezes, determinado delito pode produzir reflexos em searas diversas. Por exemplo, imagine um homicídio culposo na direção de um veículo automotor. Dará ensejo ao oferecimento



da denúncia pela MP, mas os familiares da vítima também poderão buscar no cível uma indenização pelos danos causados.

Segundo Renato Brasileiro, “por conta de uma mesma infração penal, cuja prática é atribuída a determinada pessoa, podem ser exercidas duas pretensões distintas: de um lado, a chamada pretensão punitiva, isto é, a pretensão do Estado em impor a pena cominada em lei; do outro lado, a pretensão à reparação do dano que a suposta infração penal possa ter causado à determinada pessoa”

Obs.: nos crimes de perigo (porte de armas, tráfico) não há uma pessoa que sofre um dano concreto. Por isso, não dão ensejo à reparação.

O fundamento legal pode ser retirado dos seguintes artigos:

CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

CC - Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

19.2. SISTEMAS ATINENTES À RELAÇÃO ENTRE AÇÃO CIVIL EX DELICTO E O PROCESSO PENAL

A doutrina enumera, pelo menos, quatro sistemas que cuidam da relação entre a ação civil ex delicto e a ação penal.

19.2.1. Sistema da Confusão

Ensina Renato Brasileiro, “na antiguidade, muito antes de o Estado trazer para si a solução dos conflitos intersubjetivos, cabia ao ofendido buscar a reparação do dano e a punição do autor do delito por meio da ação direta sobre o ofensor. Por meio deste sistema, a mesma ação era utilizada para a imposição da pena e para fins de ressarcimento do prejuízo causado pelo delito”

Em suma, a mesma ação era utilizada para impor uma pena e para ressarcir.

19.2.2. Sistema da Solidariedade

Conforme Renato Brasileiro, “neste sistema, há uma cumulação obrigatória de ações distintas perante o juízo penal, uma de natureza penal, e outro cível, ambas exercidas no mesmo processo, ou seja, apesar de separadas as ações obrigatoriamente são resolvidas em conjunto e no mesmo processo”

19.2.3. Sistema da Livre Escolha

Leciona Renato Brasileiro, “caso o interessado queira promover a ação de reparação de dano na seara cível, poderá fazê-lo. Porém, neste caso, face a influência que a sentença penal exerce sobre a civil, incumbe ao juiz cível determinar a paralisação do andamento do processo até a superveniência do julgamento definitivo da demanda penal, evitando-se, assim, decisões contraditórias. De todo modo, a critério do interessado, admite-se a cumulação das duas pretensões no processo penal, daí por que se fala em cumulação facultativa, e não obrigatória, como se dá no sistema da solidariedade”

19.2.4. Sistema da Independência



É o sistema que prevalece.

De acordo com Renato Brasileiro, “as duas ações podem ser propostas de maneira independente, uma no juízo cível, outra no âmbito penal. Isso porque, enquanto a ação cível versa sobre questão de direito privado, de natureza patrimonial, a outra versa sobre o interesse do Estado em sujeitar o suposto autor de uma infração penal ao cumprimento da pena cominada em lei”

19.3. POSSIBILIDADES ALTERNATIVAS E INDEPENDENTES PARA O OFENDIDO BUSCAR O RESSARCIMENTO DO DANO CAUSADO PELO DELITO

19.3.1. Ação de execução *ex delicto*

Está prevista no art. 63 do CPP. Observe:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Só poderá recair sobre o acusado (e seus sucessores no limite da herança), jamais sobre o responsável civil (não estava no processo criminal, não exerceu contraditório e ampla defesa).

19.3.2. Ação civil *ex delicto*

Prevista no art. 64 do CPP.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Trata-se de ação ordinária de conhecimento.

19.4. EFEITOS CIVIS DA ABSOLVIÇÃO PENAL

Pelo menos, em regra, a absolvição penal não faz coisa julgada no cível. Salvo se o juiz criminal tiver reconhecido, categoricamente, a inexistência do fato ou a negativa de autoria e participação.

CPP - Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

CC - Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

A seguir analisaremos as causas de absolvição e seus efeitos.

19.4.1. Estar provada a inexistência do fato

Fará coisa julgada no cível.



19.4.2. Não haver prova da existência do fato

Não fará coisa julgada no cível.

19.4.3. Não constituir o fato infração penal

Não faz coisa julgada no cível, por mais que a conduta não seja típica poderá ser um ilícito civil (por exemplo, insignificância).

19.4.4. Estar provado que o réu não concorreu para a infração penal

Fará coisa julgada no cível. Trata-se de decisão categórica.

19.4.5. Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal

Não fará coisa julgada no cível, pois decisão baseada na dúvida.

19.4.6. Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência

Observe o quadro:

FARÁ COISA JULGADA NO CÍVEL	NÃO FARÁ COISA JULGADA NO CÍVEL
Provada a existência de causa excludente da ilicitude real, desde que o ofendido tenha dado causa a excludente.	Provada a existência de causa excludente da ilicitude putativa e erro na execução
	Provada a existência de causa excludente da culpabilidade
	Fundada dúvida acerca de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade

19.4.1. Não existir prova suficiente para condenação

Não fará coisa julgada no cível, pois decisão baseada na dúvida.

19.5. EFEITOS CIVIS DE OUTRAS DECISÕES

19.5.1. Sentença absolutória imprópria

Na absolvição imprópria o juiz reconhece a prática de uma conduta típica e ilícita, mas tal decisão não será equiparada a uma sentença condenatória. Desta forma, não pode ser objeto de uma execução *ex delicto*.

19.5.2. Sentença absolutória proferida pelo Júri

Não faz coisa julgada, tendo em vista que não há como saber se a absolvição foi categórica ou por dúvida.

19.5.3. Arquivamento do inquérito policial

Não faz coisa julgada no cível, nos termos do art. 67 do CPP:

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;



19.5.4. Transação penal

Igualmente, não fará coisa julgada no cível. Nesse sentido, o §6º do art. 76 da Lei 9.099/95:

Art. 76, § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

19.6. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O DANO CAUSADO PELO DELITO COMO EFEITO GENÉRICO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Conforme o art. 91, I, do CP, um dos efeitos da sentença condenatória é a obrigação de indenizar os danos causados pelo crime, o qual pressupõe o trânsito em julgado.

19.7. LEGITIMIDADE ATIVA

Pelo menos em regra, é do ofendido e de seus sucessores.

O MP pode buscar o interesse patrimonial? (Art. 68) Este artigo foi recepcionado pela CF?

Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

Para o STF, o art. 68 é dotado de uma inconstitucionalidade progressiva ou inconstitucionalidade imperfeita – um dia será inconstitucional. “Norma ainda constitucional” ou “norma em trânsito da constitucionalidade para a inconstitucionalidade”.

Nas comarcas em que não houver Defensoria Pública, o MP pode pleitear em juízo, a reparação do dano em favor de vítima pobre. STF RE 135328.

19.8. LEGITIMIDADE PASSIVA

A execução civil *ex delicto* só poderá ser executada contra quem figurou no polo da ação penal. Portanto, não poderá ser contra os responsáveis.

Tratando-se de ação civil *ex delicto* poderá ser ajuizada contra o autor do delito ou contra o responsável civil, previstos no art. 932 do CC.

Art. 932. 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.



19.9. QUANTIFICAÇÃO DO MONTANTE A SER INDENIZADO AO OFENDIDO

Antes de 2008, a sentença condenatória com trânsito em julgado reconhecia o *an debeatur* e, a partir daí, poderia ser promovida a liquidação.

Com o advento da Lei 11.719/2008, o juiz pode fixar um valor líquido na própria sentença condenatória. Após o trânsito em julgado, com o valor líquido, poderá ser feita a execução.

Art. 387, IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Ressalta-se que o valor líquido não é definitivo, discordando poderá ingressar com uma liquidação para apurar o prejuízo efetivamente sofrido.

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Salienta-se que a Lei 11.719/2008 é, claramente, uma norma processual (Renato Brasileiro), desta forma, possui aplicação imediata (Resp 1.176.708/RJ). Porém, há diversos julgados entendendo que se trata de uma norma híbrida, portanto, dotada de irretroatividade.

19.10. (DES) NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO

Segundo a doutrina, não é necessário pedido expresso para fixação, pois é efeito automático da decisão. Já a jurisprudência entende que é necessário o pedido expresso, sob pena de violação a ampla defesa e ao contraditório.

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes. 3. Recurso desprovido. (Resp 1.193.083)



19.11. NATUREZA DO DANO CUJO INDENIZAÇÃO MÍNIMA PODE SER FIXADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Alguns doutrinadores entendem que só pode ser fixado danos materiais.

De acordo com Renato Brasileiro, a lei visou acelerar a reparação, não faz referência, assim deve ser qualquer espécie de dano: material, moral.

STJ (...) 1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o quantum que se refere ao dano moral. 3. Recurso especial improvido. (REsp 1585684/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)

19.12. (IM) POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANO MORAL

Parcela da doutrina sustenta que é possível a cobrança apenas de danos materiais. Contudo, a reforma processual de 2008 visou otimizar a reparação de danos, não houve, em nenhum momento, delimitação de espécie de dano.

Por isso, acertada a posição de que qualquer espécie de dano (materiais, morais, estéticos) podem ser fixados seguindo a regra do art. 387, IV do CPP.

Nesse sentido, o Resp. 1.643.051 do STJ (Tema 983):

STJ (...) Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

COMPETÊNCIA

1. MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os mecanismos de solução de conflitos são:

- Autotutela;
- Autocomposição;
- Jurisdição

1.1. AUTOTUTELA

Caracteriza-se pelo emprego da força bruta para a satisfação de interesses.

Em regra, não é admitida.



Art. 345 CP: *exercício arbitrário das próprias razões. – Crime CP, art. 345: Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:*
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Exemplo de autotutela no Direito Penal: legítima defesa, estado de necessidade.

Exemplo de autotutela no Direito Processual Penal: prisão em flagrante.

1.2. AUTOCOMPOSIÇÃO

Baseia-se na busca do consenso entre as partes.

Está prevista na Lei 9.099/95 (composição civil dos danos, transação penal, suspensão condicional do processo).

Os acordos previstos na Lei dos Juizados jamais poderão trazer como consequência uma pena privativa de liberdade. O máximo que a Lei autoriza é a celebração de acordos para a imposição de condições ou de penas não privativas de liberdade (restritivas de direito ou multa). Além disso, a própria CF (art. 98, I) autoriza a celebração de acordos:

CF, art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

1.3. JURISDIÇÃO

Juris + Dictio = Direito + Dizer

Conceito: é uma das funções do estado, exercida prioritariamente pelo Poder Judiciário, mediante a qual o juiz se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para aplicar o direito objetivo ao caso concreto.

Obs.: Não é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário. Em determinadas situações excepcionais, a exemplo do crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República, outros poderes irão exercer.

2. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

É o direito que cada cidadão possui de saber, antecipadamente, o juiz que irá julgá-lo quando praticar um delito.

Para maiores aprofundamentos, vide o item 6 dentro do tópico Noções Introdutórias.

3. CONCEITO DE COMPETÊNCIA

É a medida e o limite da jurisdição, dentro dos quais o órgão jurisdicional poderá aplicar o direito.



4. ESPÉCIES DE COMPETÊNCIA

4.1. **RATIONE MATERIAE**

É a competência estabelecida em razão da natureza do delito, nos termos do art. 69, I do CPP.

CPP Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:
III - a natureza da infração;

Cita-se, como exemplo, a competência dos crimes militares, dos crimes eleitorais.

4.2. **RATIONE PERSONAE (FUNCIONAE)**

É a competência estabelecida em razão das funções desempenhadas por determinadas pessoas. Trata-se da competência por prerrogativa de função.

Não é um privilégio e sim uma garantia para assegurar o exercício das funções do agente.

CPP Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:
VII - a prerrogativa de função.

4.3. **RATIONE LOCI**

Trata-se da competência em razão do lugar.

Em regra, a competência territorial é determinada pelo local da consumação da infração penal.

Cuidado: há exceções (serão vistas em momento oportuno).

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:
I - o lugar da infração;
II - o domicílio ou residência do réu;

4.4. **COMPETÊNCIA FUNCIONAL**

A competência é fixada de acordo com a função que cada um dos órgãos jurisdicionais exerce no processo.

Subdivide-se em três: por fase do processo, por objeto do juízo, por grau de jurisdição.

4.4.1. **Por fase do processo**

De acordo com a fase em que o processo estiver, um órgão jurisdicional diferente exercerá a competência.

Exemplo: Tribunal do Júri: procedimento bifásico – em uma primeira fase ela é denominada Sumário da Culpa (*judicium accusationis*), juiz é chamado de 'juiz sumariante', na segunda fase, que é o juízo da causa, propriamente dito (*judicium causae*), temos a participação do juiz presidente + 25 jurados (07 deles irão compor o Conselho de Sentença). Na primeira fase, o juiz pode proferir: Pronúncia, Impronúncia, Desclassificação, Absolvição Sumária. Na segunda fase, pode ocorrer: Sentença condenatória, Sentença Absolutória.



Outro exemplo, é a competência do juiz das garantias (instauração da investigação até o recebimento da peça acusatória) e do juiz da instrução do processo (atuação inicia com a citação).

4.4.2. Por objeto do juízo

É aquela em que cada órgão jurisdicional exerce a competência sobre determinadas questões a serem decididas no processo.

Exemplo: mesmo exemplo do Tribunal do Júri: os jurados no conselho de sentença decidem sobre autoria e materialidade. Já o juiz presidente, em regra, é responsável pelas questões de direito.

4.4.3. Por grau de jurisdição

É aquela que divide a competência entre órgãos jurisdicionais superiores e inferiores.

Alguns autores classificam:

- Competência Funcional HORIZONTAL: os órgãos jurisdicionais estão no mesmo plano hierárquico (exemplo: Tribunal do Júri)
- Competência Funcional VERTICAL: os órgãos jurisdicionais estão em planos hierárquicos distintos (Exemplo: julgamento de apelação e recursos em geral).

Em suma:

- Por fase: horizontal
- Por objeto: horizontal
- Por grau: vertical

4.5. COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA	INCOMPETÊNCIA RELATIVA
Interesse público (regras previstas na CF).	Interesse preponderante das partes (regras previstas na legislação infraconstitucional).
Improrrogável ou imodificável. Desta forma, não pode ser alterada pela conexão e/ou pela continência.	Prorrogável ou derogável. Assim, a conexão e a continência poderão modificá-la.
Inobservância produz nulidade absoluta. (Ada entende que é uma decisão inexistente – minoritária)	Inobservância produz nulidade relativa.



Consequências do reconhecimento da incompetência

Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente

Doutrina: O art. 567 do CPP refere-se apenas à incompetência relativa, uma vez que faz referência a anulação apenas dos atos decisórios. Tratando-se de incompetência absoluta, tanto os atos decisórios quanto os atos probatórios deverão ser anulados. Princípio da Identidade física do juiz colabora para esse entendimento.

Jurisprudência: entende que não há necessidade de anulação dos atos decisórios, desde que sejam ratificados pelo juízo competente.

STF HC 83.006/SP – (...) tanto a denúncia quanto o seu recebimento, emanados de autoridades incompetentes, rationae materiae são ratificáveis no juízo competente.

Pode ser arguida a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria.

Portanto, não está sujeita a preclusão.

Deve ser arguida em momento oportuno, sob pena de preclusão.

Prejuízo é presumido

Prejuízo precisa ser comprovado



<p>Pode ser declarada de ofício, enquanto não houver o esgotamento da jurisdição (art. 494 do CPC/2015 – até publicação da sentença).</p>	<p>Pode ser declarada de ofício.</p> <p>Obs.: A Súmula 33 do STJ (a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício) não se aplica ao Processo Penal.</p> <p>Antes da Lei 11.719, a incompetência relativa podia ser declarada de ofício até o momento da sentença. Com a adoção do PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (art. 399, §2º), essa incompetência relativa, só pode ser declarada até o início da instrução processual. Porque se o juiz fizer a audiência, a instrução, ele não poderá enviar para o outro, por conta do supracitado princípio, visto que o juiz que faz a instrução deve ser o mesmo que profere a sentença</p>
<p>Ratione materiae</p> <p>Ratione personae (funcionae)</p> <p>Funcional</p>	<p>Ratione Loci</p> <p>Por distribuição</p> <p>Por prevenção (Súmula 706 STF)</p> <p>Conexão/continência</p>

5. GUIA DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA

1) Competência de justiça: “Qual é a justiça competente?”

Poderá ser:

- a) Justiça Eleitoral
- b) Justiça do Trabalho
- c) Justiça Militar (União ou Estados)
- d) Justiça Comum (Federal ou Estadual - residual)

2) Competência originária: “O acusado tem foro por prerrogativa de função?”

3) Competência territorial/de foro: “Qual é a comarca competente?”

4) Competência de juízo: “Qual é a vara (juízo) competente?”

5) Competência interna (de juiz): “Qual é o juiz competente?”

6) Competência recursal: “Para onde vai o recurso?”

Todos esses critérios estão previstos no art. 69 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.*

6. **COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (JMU) E DOS ESTADOS (JME)**

A competência da Justiça Militar deve ser estudada com cautela, principalmente pela intervenção das Forças Armadas e pelas alterações feitas pela Lei 13.491/2017.

Inicialmente, observe o art. 124 da CF, que trata da JMU, e o art. 125, §4º da CF, que trata da JME:

CF Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

CF Art. 125, § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Compete aos juízes de direito de o juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

JUSTIÇA	JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO	JUSTIÇA MILITAR DOS ESTADOS
CRIMES	Crimes militares definidos em lei Obs.: a CF não faz nenhuma ressalva quanto à competência do Júri, quando a vítima for civil.	Crimes militares definidos em lei Obs.: CF faz ressalva quanto à competência do Júri, quando a vítima for civil.
JULGA	-Militares (ativos das forças armadas)	-Militares dos Estados (PM, Corpo de Bombeiros, Polícia Rodoviária Estadual).



	<p>-Civis* (civis, militares estaduais, militares da reserva e reformados das forças armadas)</p> <p>*STF/STJ adotam interpretação restritiva para o julgamento de civis.</p> <p>Ficar atento (a) ao julgamento da ADPF 289 (em tramitação): ajuizada pelo PGR com o objetivo de dar interpretação conforma a Constituição ao art. 9º, I e III do CPM, para que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e para que tais crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça Comum, Federal ou Estadual.</p>	Obs.: a condição deve ser aferida no momento do delito.
ESPÉCIE DE COMPETÊNCIA	Ratione Materiae (crimes militares)	Ratione Materiae (crimes militares) Ratione Personae (só julga militares dos estados.).
COMPETÊNCIA CÍVEL?	<p>NÃO TEM competência cível.</p> <p>Exemplo: se for militar das forças armadas, se ele quiser questionar isso, terá que ir para a justiça federal (comum), porque a justiça militar da união não tem competência para isso.</p>	<p>TEM competência Cível. Ela tem competência para julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares.</p> <p>Exemplo: PM pratica uma transgressão militar, não cumpre suas funções. Ele será punido. Se o PM quiser questionar essa punição, quem vai apreciá-lo é a Justiça Militar Estadual.</p>
ÓRGÃO JURISDICIONAL	<p>Composto por 01 órgão:</p> <p>-<u>Conselho de Justiça</u> (01 juiz auditor + 04 oficiais).</p> <p>TODOS os crimes são julgados pelo conselho. Esse juiz-auditor não tem competência singular para julgar crimes, não pode julgar sozinho, quem julga é o conselho.</p>	<p>Composto por 02 órgãos (EC/45)</p> <p>-<u>Juiz de direito do juízo militar</u>: julga singularmente as ações judiciais contra atos disciplinares militares, e os crimes militares contra civil.</p> <p>- <u>Conselho de Justiça</u> (01 juiz de direito do juízo militar + 04 oficiais): demais crimes militares.</p>



		Na JME quem preside o Conselho é o Juiz de Direito.
SEGUNDA INSTÂNCIA	STM (Superior Tribunal Militar) Assemelha-se a um TJ ou TRF, julga apelações, RESE. Exemplo: conflito de competência entre STM x Juiz Federal = STF.	TJM – RS/MG/SP Nos demais estados quem julga a apelação é o próprio TJ. Exemplo: CC entre juiz de direito do juízo militar e juiz de direito da justiça estadual? STJ
MINISTÉRIO PÚBLICO	MPM (Ramo do MPU junto com MPF, MPT, MPDFT, MPM)	MP: MP Estadual

Após a observação do quadro acima, pertinente analisarmos algumas súmulas do STJ que tratam da competência da Justiça Militar.

Súmula 53 do STJ - Se um civil praticar crime contra instituições militares estaduais é julgado na Justiça Comum, pois civil não pode ser julgado pela Justiça Militar Estadual (julga apenas militares dos estados). Se fosse instituição Federal, poderia ser julgado pela JMU.

***STJ Súmula: 53** Compete a justiça comum estadual processar e julgar CIVIL acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais.*

Súmula 78 STJ - Leva-se em consideração a origem do policial.

Exemplo: Força Nacional de Segurança. Policial Militar de SP, integrante da Força Nacional, comete crime militar no RS. Deve ser julgado na Justiça Militar de São Paulo.

***STJ Súmula: 78** Compete a justiça militar processar e julgar policial de corporação ESTADUAL, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa.*

6.1. NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR (LEI 13.491/2017)

A Lei 13.491/2017 alterou o Código Penal Militar em dois dispositivos:

- Art. 9º, II – autoriza a JM a julgar crimes previstos na legislação penal;
- Art. 9º, §§ 1º e 2º - prevê a competência da JMU para julgar crimes dolosos contra vida, ainda que praticados contra civil.

6.1.1. Crimes previstos no Código Penal Militar e os previstos na legislação penal

Observe o quadro comparativo abaixo:



REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 13.491/17	REDAÇÃO POSTERIOR À LEI 13.491/17
<p>CPM Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:</p>	<p>Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:</p> <p>a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;</p> <p>b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;</p> <p>c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)</p> <p>d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;</p> <p>e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;</p>
<p>Apenas os crimes previstos no Código Penal Militar seriam considerados militares.</p>	<p>A partir de agora, tanto os crimes previstos no CPM quanto os crimes previstos na legislação penal militar, quando praticados em determinadas situações, serão julgados pelo Justiça Militar.</p> <p>Obs.: Súmula 172 do STJ está superada.</p>

Observe o rol exemplificativo de possíveis crimes militares previstos na legislação penal (CP e Legislação Especial):

- Lei de Abuso de Autoridade (413.869/2019);
- Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90)
- Lei de Tortura (9.455/97)
- Código de Trânsito Brasileiro (9.503/97)
- Crimes Ambientais (9.605/98)



- Estatuto do Desarmamento (10.826/03)

Salienta-se que haverá a competência da Justiça Militar para o julgamento de crimes previstos na legislação penal, quando praticados nas condições do inciso II do art. 9º do CPM, mas desde que não haja previsão constitucional ou legal outorgando a referida competência à outra Justiça. Por exemplo, crime eleitoral, lavagem de capitais e crimes contra o sistema financeiro nacional.

Com as mudanças produzidas pela Lei 13.491/2017 algumas súmulas foram superadas:

- Súmula 172 STJ – agora o abuso de autoridade será julgado pela JM;
- Súmula 6 STJ - Se o militar da PM estiver em serviço, resultando do acidente lesão ou morte culposa de um civil, trata-se de crime militar;
- Súmula 75 do STJ – poderá ser julgado pela JME
- Súmula 90 do STJ – havendo a transformação do crime comum em militar, ambos serão julgados pela JM. Caso contrário, continua válida.
- Súmula 47 do STJ – tendo em vista que a alínea F foi revogada pela Lei 9.299/96.

Importante consignar que as contravenções penais, ainda que praticadas por militar em serviço, não serão julgadas pela JM.

6.1.2. Crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis

A Lei 13.491/2017 incluiu os §§ 1º e 2º ao art. 9º do CPM, passando a prever a competência da Justiça Militar da União para julgar crimes dolosos praticados por militares contra civis.

Art. 9º (...)

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, **quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil**, serão da competência do Tribunal do Júri. *(Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)*

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: *(Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)*

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) *Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;*

b) *Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;*

c) *Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e*

d) *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.*

Se, durante uma missão de garantia da lei e da ordem, um militar matar um civil a competência será da Justiça Militar da União.



Salienta-se que, segundo Renato Brasileiro, não há violação do juiz natural, bem como a lei terá aplicação imediata, já que aborda matéria processual.

Por fim, Renato Brasileiro entende que a referida lei não é constitucional, uma vez que o Congresso Nacional aprovou como uma mudança de competência temporária, já que o Presidente da República vetou o artigo que previa a vigência temporária.

7. COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA ELEITORAL

Será competente para julgar os crimes eleitorais, que estão previstos no Código Eleitoral e na Legislação Especial. Além disso, a jurisprudência entende que deve ser analisado o conteúdo material do crime, ou seja, o delito deve atentar contra o exercício dos direitos políticos, contra o processo eleitoral ou contra a legitimidade da vontade popular.

Desta forma, a destruição de título de eleitoral será considerado um crime eleitoral quando atentar contra o processo eleitoral apenas.

*STJ - A simples existência, no Código Eleitoral, de descrição formal de conduta típica não se traduz, incontinenti, em crime eleitoral, sendo **necessário, também, que se configure o conteúdo material de tal crime.** Sob o aspecto material, **deve a conduta atentar contra a liberdade de exercício dos direitos políticos, vulnerando a regularidade do processo eleitoral e a legitimidade da vontade popular.** Ou seja, a par da existência do tipo penal eleitoral específico, faz-se necessária, para sua configuração, a existência de violação do bem jurídico que a norma visa tutelar, intrinsecamente ligado aos valores referentes à liberdade do exercício do voto, a regularidade do processo eleitoral e à preservação do modelo democrático. **A destruição de título eleitoral da vítima, despida de qualquer vinculação com pleitos eleitorais e com o intuito, tão somente, de impedir a identificação pessoal, não atrai a competência da Justiça Eleitoral.** (STJ. 3ª Seção. CC 127.101/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/02/2015).*

7.1. CONEXÃO ENTRE CRIME ELEITORAL E CRIME COMUM

A conexão deverá ser analisada de acordo com o crime comum:

- Crime estadual – será julgado também pela Justiça Eleitoral. Fixada a competência da Justiça Eleitoral por conexão ou continência, essa permanece para os demais feitos, mesmo quando não mais subsistirem processos de sua competência própria em razão de sentença absolutória ou de desclassificação da infração.

A Justiça Eleitoral é competente para processar e julgar crime comum conexo com crime eleitoral, ainda que haja o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do delito eleitoral. STF. 2ª Turma. RHC 177243/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/6/2021 (Info 1024).

- Crime federal – como a CF prevê os crimes de competência da Justiça Federal, haverá uma separação obrigatória de processos, mesmo havendo conexão.

Salienta-se que o STF, em 2019, entendeu que a competência também será da Justiça Eleitoral.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou jurisprudência no



sentido da competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns que apresentam conexão com crimes eleitorais. A Corte observou ainda que cabe à Justiça especializada analisar, caso a caso, a existência de conexão de delitos comuns aos delitos eleitorais e, em não havendo, remeter os casos à Justiça competente. A matéria foi apreciada no julgamento de recurso (agravo regimental) interposto pela defesa do ex-prefeito do Rio de Janeiro Eduardo Paes e do deputado federal Pedro Paulo (DEM-RJ) no Inquérito (INQ) 4435, no qual são investigados por fatos supostamente ocorridos em 2010, 2012 e 2014. O agravo foi apresentado contra decisão do relator, ministro Marco Aurélio, que havia declinado da competência para a Justiça do Estado do Rio de Janeiro por entender que os delitos investigados não teriam relação com o mandato de deputado federal. Contra essa decisão monocrática, a defesa interpôs o recurso que foi remetido pela Primeira Turma do STF ao Plenário.

- Crime militar – há separação dos feitos.
- Crime doloso contra a vida – como está previsto na CF, a competência será do Júri, sendo obrigatória a separação dos processos.

Não há Tribunal do Júri na Justiça Eleitoral.

8. **COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Até a EC 45/2004, a Justiça do Trabalho não tinha nenhuma competência criminal. Com a mudança do art. 114, IV, a JT passou a ter competência para julgar Habeas Corpus:

CF Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho:

...

IV os mandados de segurança, HABEAS CORPUS e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.

Esse HC só vai para a Justiça do Trabalho quando o ato questionado envolver matéria sujeita à jurisdição trabalhista. Exemplo: Juiz do trabalho dando voz de prisão, não cabe HC para a JT. Vai para a JF. Já que a JT é uma justiça da União.

O melhor exemplo de HC na JT ERA para a prisão decretada do depositário infiel.

OBS: Essa prisão não existe mais, devido ao Pacto San Jose da Costa Rica.

9. **COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA FEDERAL**

O art. 106 da CF dispõe sobre os órgãos da JF, são eles:

- TRF

1ª Região: DF, MG, GO, MT, MA, PA, AM, RO, AP, RR, AC, BA, PI e TO.

2ª Região: RJ e ES.

3ª Região: SP e MS.

4ª Região: RS, SC e PR.

5ª Região: PE, AL, CE, PB, RN e SE.



- Juiz Federal

Ressalta-se que, tecnicamente, o art. 106 está incompleto, pois há, ainda:

- Tribunal do Júri Federal
- Juizados Especiais Criminais Federal

A Justiça Federal é considerada uma justiça comum, mas seu status é constitucional, já que as hipóteses estão previstas no art. 109 da CF. Aqui, analisaremos:

- Análise do art. 109, IV da CF: crimes políticos, infrações em detrimento de bens, serviços ou interesse da união ou suas entidades autárquicas e empresas públicas;
- Análise do art. 109, V da CF: crimes previstos em tratado ou convenção internacional desde que iniciada a execução no país o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro ou reciprocamente.
- Análise do art. 109, V-A da CF: crimes relativos a direitos humanos.
- Análise do art. 109 VI da CF: crimes contra a organização do trabalho e quando a lei dispuser, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;
- Análise do art. 109, IX da CF: crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves.
- Análise do art. 109, XI da CF: crimes relativos à disputa de direitos indígenas.

Obs.: Não confundir competência da Justiça Federal com atribuições investigatórias da Polícia Federal. As atribuições da Polícia Federal são mais amplas, observe o §1º do art. 144 da CF:

CF Art. 144, §1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

Em destaque é competência da Justiça Federal. O resto é competência da Justiça Estadual.

Como exemplo de crimes que podem ser investigados pela PF e julgados pela JE, temos tráfico interestadual e roubo de cargas.

9.1. CRIMES POLÍTICOS

São os previstos na Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional). Além da previsão legal, deve haver motivação política.

Por que a primeira competência dada a JF é justamente crimes políticos? A CF rompendo com um período ditatorial, em que os políticos eram julgados na Justiça Militar, quis retirar essa competência, atribuindo-a à JF.

O art. 30 da LSN não foi recepcionado, pois fala em julgamento na JM, contrariando a CF.

Recurso cabível contra sentença condenatória por crime político: ROC para o STF (Recurso ordinário constitucional), julgado pelo STF. Segunda e última instância.



Art. 102, II, b da CF.

CF Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

...

II - julgar, em recurso ordinário:

...

b) o crime político;

Esse ROC é como se fosse uma apelação, quando o STF julgar o ROC, será possível o reexame tanto da matéria de fato quanto da matéria de direito.

9.2. INFRAÇÕES PENAIS PRATICADAS EM DETRIMENTO DE BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO OU DE SUAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS OU EMPRESA PÚBLICA

De acordo com o inciso IV, do art. 109 da CF, a competência será fixada quando se verificar uma lesão a um dos tripés abaixo:

LESÃO	
Bens	União Autarquia Federal Empresa Pública Federal
Serviços	União Autarquia Federal Empresa Pública Federal
Interesses	União Autarquia Federal Empresa Pública Federal

Imagine, por exemplo, que uma pessoa resolva furtar dinheiro do INSS. Trata-se de um crime contra bens de uma autarquia federal. A falsificação de moeda é um crime de interesse da União (art. 21 da CF – compete à União emitir moeda), por isso a competência é da Justiça Federal.

Salienta-se que a lesão deve ser direta e imediata. Assim, tratando-se de uma lesão indireta/reflexa, a competência será da Justiça Comum Estadual. Nesse sentido, a Súmula 107 do STJ:

Súmula 107 STJ - 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.

A seguir, veremos alguns exemplos para fixação de competência:



1) Fraude eletrônica em detrimento de correntista da Caixa Econômica Federal, cuja agência está localizada em São Paulo e os saques fraudulentos são realizados em Curitiba

Poderá caracterizar um furto qualificado pelo emprego de fraude (art. 155, §4º, II do CP) ou um estelionato (art. 171 do CP). No estelionato, a vítima é enganada e ela mesma entrega a vantagem para o agente. No furto mediante fraude, geralmente, através de um vírus o agente consegue captar a senha da vítima e passa a movimentar a conta.

No exemplo acima, trata-se um furto qualificado mediante fraude. Para a jurisprudência, como a fraude foi usada para burlar o sistema de vigilância do banco, quem suportará o prejuízo financeiro é a instituição bancária. Sujeito passivo é a instituição bancária, pois ela que teve o sistema de segurança violado.

Assim sendo, a competência é da **Justica Federal**

Qual foro competente? O delito de furto consuma-se no local em que a coisa é retirada da esfera de disponibilidade da vítima, ou seja, a competência territorial será determinada em virtude do local em que mantida a conta corrente. (Art. 70 CPP). Portanto, no exemplo, será julgado em São Paulo.

*CPP Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo **lugar em que se CONSUMAR a infração**, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.*

2) Roubo contra casa lotérica

A competência será da Justiça Estadual, pois se trata de uma pessoa jurídica de direito privado. Na verdade, é uma permissionária de serviço público.

3) Roubo contra agência dos correios

Se o crime for praticado em detrimento de uma franquia dos Correios, a competência será da Justiça Estadual; se o crime for cometido contra o próprio ente da Administração Indireta Federal ou um carteiro, a competência será da Justiça Federal (STJ HC 39200).

Em suma:

- Agência própria = JF
- Agência franqueada = JE
- Agência comunitária = JF

4) Crime cometido em detrimento da FUNASA

A FUNASA é uma Fundação Pública Federal. De acordo com o STF, trata-se de uma espécie de autarquia federal, por isso a competência será da Justiça Federal.

5) Crime cometido em detrimento da OAB:

O STF entende que a OAB possui natureza jurídica *sue generis*, cabendo à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a OAB.



6) Crime contra o Banco do Brasil

A competência será da Justiça Estadual, tendo em vista que o Banco do Brasil é uma sociedade de economia mista.

Nesse sentido, a Súmula 42 do STJ:

STJ Súmula 42 - Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

O mesmo entendimento é aplicado para as concessionárias e permissionárias de serviço público. Por exemplo, crime de dano praticado contra orelhão, a competência será da Justiça Estadual

7) Crimes contra bens tombados

Deve-se analisar o responsável pelo tombamento do bem. Desta forma, quando o bem tiver sido tombado pela União a competência será da Justiça Federal.

Por outro lado, a competência será da Justiça Estadual quando o bem tiver sido tombado pelo Município, pelo Estado ou pelo DF.

8) Crime cometido contra consulado estrangeiro

A competência será da Justiça Estadual (STJ). Salienta-se que o STF possui precedente em sentido contrário, afirmando que a competência seria da Justiça Federal.

9) Crime cometido em detrimento do MPDFT

O MPDFT faz parte do MPU. Desta forma, no entender de Renato Brasileiro o crime deveria ser julgado pela Justiça Federal. Contudo, a jurisprudência sustenta que, apesar do MPDFT estar inserido no MPU, ele não é um órgão da União, está inserido na estrutura do DF. Portanto, a competência será da Justiça Estadual

10) Desvio de verba federal

Se as verbas federais ainda estiverem sujeitas à prestação de contas, a competência será da Justiça Federal.

Súmula 208 do STJ - Compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal (TRF).

Por outro lado, quando não há mais prestação de contas, estando a verba incorporada, a competência será da Justiça Estadual.

Súmula 209 STJ - Compete à Justiça Estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal

11) Desvio de verba do FUNDEF

A competência será da Justiça Federal.

12) Falsificação de moeda estrangeira



A competência será da Justiça Federal, tendo em vista que atinge o Banco Central do Brasil (autarquia federal) a quem incumbe fiscalizar a circulação de moeda estrangeira no Brasil.

13) Falso testemunho cometido em processo trabalhista (ou perante a Justiça Eleitoral ou Federal ou Militar da União)

O falso testemunho é um crime cometido contra a administração da justiça, nos casos acima atingirá a União, assim a competência será da Justiça Federal.

Súmula 165 STJ – Compete à Justiça Federal processar e julgar falso testemunho no processo trabalhista (eleitoral, federal ou militar da União).

14) Crime cometido contra (ou por) funcionário público federal

Quando o crime tiver sido praticado em razão da função, a competência será da Justiça Federal.

STJ Súmula: 147 Compete à justiça federal processar e julgar os crimes praticados CONTRA (E POR) funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.

Importante consignar que, conforme entende o STF (HC 157.012/MS), a mera condição de servidor público federal não basta para atrair a competência da Justiça Federal, na medida em que o interesse da União há de sobressair das funções institucionais, não da pessoa do acusado. Por isso, em caso concreto envolvendo suposto crime de homicídio qualificado praticado por policial rodoviário federal, por ele cometido quando se encontrava em deslocamento no trajeto de sua residência para o local de trabalho.

15) Crime contra o meio ambiente

Por muitos anos, vigorou a Súmula 90 do STJ:

STJ Súmula: 90 Compete a justiça federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna (CANCELADA)

A Súmula foi cancelada, pois com a CF/88 e a nova Lei de Crimes ambientais firmou-se o entendimento de que a preservação do meio-ambiente é de interesse de toda a coletividade e não apenas da União.

Em regra, são crimes de competência da Justiça Estadual.

Exceções que levam pra JF:

- Quando o crime ambiental for praticado no interior de bem da União, competência da Justiça Federal. Exemplo: Pesca proibida (período) em mar territorial, que é bem da União.
- Crime ambiental praticado no Rio Real (divisa de Sergipe e Bahia). É da JF, pois rio que faz divisa ou fronteira é bem da União.
- Extração ilegal de recursos minerais. Como são bens da União, é da JF.



- Cativeiro de animais da fauna exótica: Para o STJ competência da JF (novidade). Pois estaria atentando contra um serviço de fiscalização do IBAMA (autarquia federal).
- Crimes ambientais relacionados com organismos geneticamente modificados. Ex: Cultivo de soja transgênica em desacordo com a legislação vigente. Crime de competência da JF. STJ CC 41301.

Obs.: Floresta Amazônica, Serra do Mar, Pantanal Mato-grossense, Zona Costeira e Mata Atlântica fazem parte do Patrimônio Nacional, que não se confunde com o patrimônio da União. Por isso, os crimes praticados nos locais citados serão julgados e processados pela Justiça Estadual.

16) Crimes contra a fé pública

Há três regras para determinar a competência nos crimes contra a fé pública. A seguir veremos cada uma delas.

- **FALSIFICAÇÃO** – a competência é fixada de acordo com o órgão responsável pela emissão do documento.

Por exemplo, a falsificação de CNH será julgada pela Justiça Estadual, uma vez que é emitida pelo DETRAN. Já a falsificação de CPF, será julgada e processada pela Justiça Federal, uma vez que é emitido pela Receita Federal.

Cuidado com a falsificação de carteira de arrais-armador, emitido pela Marinha do Brasil para que se possa pilotar pequenas embarcações, pois a competência será da Justiça Federal e não da Justiça Militar. Nesse sentido, a Sumula Vinculante 36:

***SV 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 Arrais-Amador (CHA), ambas expedidas pela Marinha do Brasil.*

Falsificação de diploma de conclusão de 1º e 2º graus - se for colégio federal, é JF; se for particular, JE.

***STJ Súmula: 104** Compete a justiça estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino. (1º e 2º graus)*

Falsificação grosseira de moeda - não há falar em crime de falsificação de moeda. Não tem capacidade de enganar outra pessoa. ENTRETANTO, subsiste o delito de estelionato, a competência será da Justiça Estadual.

***STJ Súmula: 73** A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da justiça estadual.*

- **Uso de documento falso** – a competência será determinada com base na pessoa prejudicada pelo uso, pouco importando o órgão emissor do documento.

Imagine, por exemplo, que João, em uma blitz do órgão municipal de trânsito,



apresentou sua Carteira de Habilitação falsificada. O agente de trânsito, percebendo a falsificação, chamou um PM e João foi preso em flagrante por uso de documento falso (art. 304 do CP).

De quem será a competência para julgar João? Justiça Estadual. Isso porque o uso do documento falso foi feito para iludir o serviço de segurança viária realizado pelo Município. Logo, não há nenhum interesse federal no crime praticado, não sendo competência da Justiça Federal por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses do art. 109 da CF/88.

Nesse sentido, a Súmula 546 do STJ:

***Súmula 546-STJ:** A competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor.*

- **Crime de falso como crime-meio** – quando a falsificação for cometida como um crime-meio, ou seja, para que outro crime seja praticado.

Neste caso, quando a potencialidade lesiva do crime-meio se exaurir no crime-fim, isto é, for absorvido, a competência será determinada pelo crime-fim.

Salienta-se que a falsa anotação na carteira de trabalho, pela redação da Súmula 62 do STJ, seria de competência da Justiça Estadual. Contudo, está ULTRAPASSADA, porque é anterior a alteração feita pela Lei 9.983/00, que acrescentou no CP os parágrafos 3º e 4º ao art. 297 – trouxeram crimes relacionados à Carteira de Trabalho, Previdência Social.

~~STJ Súmula: 62 Compete a justiça estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na carteira de trabalho e previdência social, atribuído a empresa privada.~~ **Ultrapassada**

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:

I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;

II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;

III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

Atualmente, se tiver sido produzida com o objetivo de gerar efeito perante a previdência social, a competência será da JF. Por fim, destaca-se que a falsificação de diploma de conclusão curso será, em regra, da Justiça Estadual. Tratando-se de curso superior, seja pública ou privada, a competência será da Justiça Federal, tendo em vista que consta autenticação do MEC.



TFR Súmula 31 Compete à justiça estadual o processo e julgamento de crime de falsificação o uso de certificado de conclusão de curso de 1 e 2 graus, desde que não se refira a estabelecimento federal de ensino ou a falsidade não seja de assinatura de funcionário federal.

17) Crime contra a vida em desfavor de policiais militares, consumado ou tentado, praticado no contexto de crime de roubo armado contra órgãos, autarquias ou empresas públicas da União

O crime contra a vida em desfavor de agentes estatais, consumado ou tentado, é praticado no contexto de crime de roubo armado contra órgãos, autarquias ou empresas públicas da União. Isso porque, nesta hipótese, a íntima relação entre a violência, elementar do crime de roubo, e o crime federal (roubo armado) atrai a conexão. Ex: o sujeito ativo cometeu roubo contra os Correios; depois de consumado, passou a ser perseguido por policiais militares e atirou contra eles, matando um e ferindo o outro. O roubo e os delitos de homicídio serão julgados conjuntamente pela Justiça Federal.

Vale destacar que não se está adotando o critério subjetivo para definição da competência, mas sim temporal e circunstancial. Ou seja, o que repercute sobre a definição da competência não é a intenção do autor do delito, mas sim o fato objetivo de o homicídio ou a tentativa de homicídio ter sido praticado(a), durante o roubo a empresa pública federal e para assegurar a vantagem deste delito.

18) Execução Penal

A competência do juízo das execuções será determinada em virtude da natureza do presídio.

***STJ Súmula nº 192** Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.*

Art. 2º A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso.

Parágrafo único. O juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

19) Contravenções Penais

Quem processa e julga as contravenções praticadas contra a União, Autarquias, EP federal? Serão julgadas pela Justiça ESTADUAL, **sempre**, mesmo que conexas com crime de competência da federal. Forte no art. 109, IV da CF. E, no mesmo sentido, é o teor da Súmula 38 STJ:

***CF Art. 109, IV** - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;*



STJ Súmula: 38 *Compete a 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.*

Exemplo: praticar uma conduta que hoje é contravenção e amanhã é crime. A competência continuará nas mãos da JE. Por exemplo, na lei ambiental, que passou algumas condutas de meras contravenções a crimes ambientais. Não se transferiria para a JF, continuaria na JE.

Exceção: contravenção praticada por agente com foro por prerrogativa de função. A contravenção então poderá ser julgada na justiça federal. Ex.: Juiz federal → TRF.

9.3. CRIMES PREVISTOS EM TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL, DESDE QUE INICIADA A EXECUÇÃO NO PAÍS, O RESULTADO TENHA OU DEVESSE TER OCORRIDO NO ESTRANGEIRO OU RECIPROCAMENTE

*CF Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;*

9.3.1. Requisitos

Para que o crime seja de competência da Justiça Federal é necessário que os requisitos CUMULATIVOS estejam presentes, são eles:

- Crime previsto em tratado ou convenção internacional;
- Internacionalidade territorial do resultado em relação à conduta delituosa.

A relação de internacionalidade ocorre quando:

- Iniciada a execução do crime no Brasil, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro;
- Iniciada a execução do crime no estrangeiro, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no Brasil.

Desse modo, não é suficiente que o crime esteja previsto em tratado ou convenção internacional para ser julgado pela Justiça Federal.

Pode-se citar os seguintes exemplos de crimes que poderão ser submetidos a julgamento pela Justiça Federal com fundamento no art. 109, V, da CF/88, desde que haja relação de internacionalidade, por serem previstos em tratados internacionais:

- a) tráfico transnacional de drogas (art. 70, da Lei nº 11.343/2006);
- b) tráfico internacional de arma de fogo (art. 18 da Lei nº 10.826/2003);
- c) tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual (art. 231 do CP);
- d) envio ilegal de criança ou adolescente para o exterior (art. 239 do ECA).

9.3.2. Tráfico internacional de drogas



A competência será da Justiça Federal, tendo em vista que os dois requisitos (vistos acima) estão presentes.

Observações:

- O fato de a droga não ser produzida no Brasil não caracteriza, de imediato, tráfico internacional. É necessária a análise do caso concreto, pois o agente pode ter comprado a droga para revender em São Paulo, para revender em Santa Catarina, o que caracteriza o tráfico doméstico. Obviamente, quem trouxe a droga do exterior irá responder pelo tráfico internacional.
- A apreensão de drogas em uma cidade na fronteira, a exemplo de Foz do Iguaçu, não caracteriza, de imediato, tráfico internacional. É necessária a análise do caso concreto.
- A aquisição de substância que não é considerada droga no país de origem, mas é considerada entorpecente no Brasil, não caracteriza tráfico internacional de droga.
- A prisão na área de embarque internacional, já com a passagem para outro país, caracteriza tráfico internacional, pois a execução foi iniciada no país e o resultado deveria ocorrer em outro país.
- Quando a droga for enviada pela via postal, a competência será do local da apreensão. Nesse sentido, a Súmula 528 do STJ:

***Súmula 528-STJ:** Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional.*

Desclassificação de tráfico internacional para doméstico e perpetuação da competência, há duas correntes:

1ªC: TRF's: prevalece que vale aplicar o art. 81 do CPP, ou seja, o juiz federal continuaria competente, porque ocorreria a perpetuação de jurisdição.

2ªC: **STJ/STF** – entendem que não pode ser utilizado o 81 do CPP, porque este se refere a crimes **CONEXOS**, o que não ocorre no caso de desclassificação. Quando desclassifica, seria como se declarasse sua incompetência absoluta. Os autos devem ser remetidos à Justiça Estadual. E mais, mudança *ratione matéria* é absoluta. **Mudança é imperativa.**

***CPP Art. 81.** Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.*

9.3.3. Prática de pedofilia pela internet

A pedofilia praticada pela internet pode ou não ter a internacionalidade do resultado, é necessária a análise do caso concreto.



Por exemplo, o envio de fotos por e-mail para uma cidade dentro do Brasil será julgado pela Justiça Estadual. Já o armazenamento de fotos em um site será de competência da Justiça Federal.

STJ: "(...) O art. 109, V, da Constituição Federal estabelece que compete aos Juízes Federais processar e julgar "os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente". Para fixar a competência da Justiça Federal, não basta o Brasil ser signatário de tratado ou convenção internacional que prevê o combate a atividades criminosas relacionadas a pedofilia, inclusive por meio da Internet. O crime há de se consumir com a publicação ou divulgação, ou quaisquer outras ações previstas no tipo penal do art. 241, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 8.069/90, na rede mundial de computadores (Internet), de fotografias ou vídeos de pornografia infantil, dando o agente causa ao resultado da publicação, legalmente vedada, dentro e fora dos limites do território nacional. Na hipótese dos autos, e pelo que se apurou, até o presente momento, o material de conteúdo pornográfico, em análise no apuratório, não ultrapassou os limites dos estabelecimentos escolares, nem tampouco as fronteiras do Estado brasileiro. Assim, não estando evidenciada a transnacionalidade do delito - tendo em vista que a conduta do investigado, a ser apurada, restringe-se, até agora, à captação e ao armazenamento de vídeos, de conteúdo pornográfico, ou de cenas de sexo explícito, envolvendo crianças e adolescentes, nos computadores de duas escolas -, a competência, in casu, é da Justiça Estadual". (STJ, 3ª Seção, CC 103.011/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, Dje 22/03/2013).

Obs.: na hipótese de provedores internacionais, a competência territorial para julgar a pedofilia pela internet é do local de onde emanaram as imagens pedófilo-pornográficas.

9.3.4. Crime de violação de direito autoral e contra a lei de software decorrentes de compartilhamento de TV por assinatura, via satélite ou cabo, por meio de serviços de card sharing

A competência será da Justiça Federal.

STJ: "(...) competete à Justiça Federal processar e julgar os crimes de violação de direito autoral e contra a lei de software decorrentes do compartilhamento ilícito de sinal de TV por assinatura, via satélite ou cabo, por meio de serviços de card sharing. A conduta assinalada consiste no compartilhamento ilícito de sinal de TV, por meio de um cartão no qual são armazenadas chaves criptografadas que carregam, de forma cifrada, o conteúdo audiovisual. Tais cartões são inseridos em equipamentos que viabilizam a captação do sinal, via cabo ou satélite, e sua adequada decodificação, conhecidos como AZBox, Duosat, AzAmérica, entre outros. (...) Ao que consta dos autos, uma das formas de quebra das chaves criptográficas é feita por fornecedores situados na Ásia e Leste Europeu, que enviam, via internet, a pessoas que as distribuem, também via internet, aos usuários dos decodificadores ilegais, assim permitindo que o sinal de TV seja irregularmente captado. Nesse sentido, de acordo com o art. 109, V, da Constituição Federal, a competência da jurisdição federal se dá pela presença concomitante da transnacionalidade do delito e da assunção de compromisso internacional de repressão, constante de tratados ou convenções internacionais. **A previsão normativa internacional, na**



hipótese, é a Convenção de Berna, integrada ao ordenamento jurídico nacional através do Decreto n. 75.699/1975, e reiterada na Organização Mundial do Comércio – OMC por acordos como o TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (AADPIC), incorporado pelo Decreto n. 1.355/1994, com a previsão dos princípios de proteção ao direitos dos criadores. O outro requisito constitucional, de tratar-se de crime à distância, com parcela do crime no Brasil e outra parcela do iter criminis fora do país, é constatado pela inicial prova da atuação transnacional dos agentes, por meio da internet. Nesse contexto, tem-se por evidenciados os requisitos da previsão das condutas criminosas em tratado ou convenção internacional e do caráter de internacionalidade dos delitos objeto de investigação, constatando-se, à luz do normativo constitucional, a competência da jurisdição federal para o processamento do feito. (STJ, 3ª Seção, CC 150.629/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 22/02/2018, DJe 28/02/2018).

9.4. INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA (IDC)

Está previsto no art. 109, §5º da CF, *in verbis*:

CF Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;
...
§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

9.4.1. Considerações

O IDC foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por via da EC 45/2004 para possibilitar a transferência de investigações ou julgamentos, da Justiça Estadual para a Justiça Federal, nos casos em que identificadas graves violações de direitos humanos passíveis de atrair a responsabilização do Estado brasileiro no plano internacional - CF, artigo 109, § 5º.

9.4.2. Requisitos

São dois:

- Crime cometido com violação os direitos humanos;
- Risco de descumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil em virtude da desídia do Estado-membro em proceder à persecução penal.

9.4.3. Legitimidade

É do Procurador Geral da República.

O IDC 4 e o IDC 11 não foram ajuizados pelo PGR, por isso foram extintos.



9.4.4. Competência

É do Superior Tribunal de Justiça.

9.4.5. Julgamentos

A seguir um resumo dos principais IDCs

IDC 1 – Foi o caso da missionária norte-americana Dorothy Stang, assassinada no Pará. Foi julgado improcedente, tendo em vista que restou reconhecido que as autoridades estaduais do Pará estavam efetivamente dispostas a apurar e a investigar os fatos. Logo, o STJ não deslocou a competência para a Justiça Federal.

IDC 2 – foi o primeiro IDC deferido, o defensor dos direitos humanos, vereador e advogado Manoel Mattos, foi assassinado em decorrência de sua atuação contra grupos de extermínio que agiam livremente em Pernambuco e na Paraíba. O STJ reconheceu a incapacidade das autoridades locais e da Justiça Estadual em apurar o referido homicídio, deslocando, então, o feito para a Justiça Federal.

IDC 3 – grupos de extermínio em Goiás. Julgado parcialmente procedente, determinando o deslocamento de apenas alguns dos feitos tratados no IDC. STJ entendeu que em algumas das demandas analisadas, não restou patente a *“a incapacidade, ineficácia, omissão ou inércia por parte das autoridades goianas, requisito indispensável à procedência deste incidente”*

IDC 4 – foi proposto pelo Ministro do Tribunal de Contas de Pernambuco. STJ extinguiu devido a ilegitimidade, já que apenas o PGR pode propor IDC.

IDC 5 - Assassinato do Promotor de Justiça Thiago Faria Soares, praticado por grupo de extermínio que agia no interior do Estado de Pernambuco, em região conhecida como “Triângulo da Pistolagem”. Destaca-se que foi proposto durante a investigação. Julgado procedente para o fim de determinar a transferência do inquérito policial da Polícia Civil para a Polícia Federal, sob o acompanhamento do Ministério Público Federal. Foi reconhecida *“a incapacidade conjuntural, a incontornável dificuldade de autoridades do Estado de Pernambuco em reprimir e apurar”* o crime praticado contra o promotor.

IDC 11 – foi proposto pela vítima, por isso também houve a extinção por falta de legitimidade.

IDC 14 – greve da Polícia Militar do Espírito Santo, o PGR alega que, em razão da greve, houve diversas mortes, prejuízo de milhões para lojistas, suspensão de aulas e do transporte público. Como, neste caso, a apuração de eventual responsabilidade cabe à Justiça Militar Estadual, o PGR, alegando risco de parcialidade, pleiteia o deslocamento das investigações para a Justiça Militar da União ou para a Justiça Federal. O STJ indeferiu, tendo em vista que:

STJ (...) ausente prova de leniência, inércia ou falta de comprometimento das instâncias locais em processar e julgar os crimes militares próprios objeto do IDC, inviável se cogitar sobre o risco de responsabilização internacional do Estado brasileiro. 2.2. Parcialidade da Justiça Militar Estadual não demonstrada. Alegações especulativas a revelar mero inconformismo com o modelo de deliberação da Justiça Castrense. Desfecho - no sentido de que pressões exógenas estão a influenciar a lisura dos julgamentos – não evidenciado. 2.3. Eventuais dificuldades nos julgamentos de oficiais de altas patentes devem ser superadas dentro da própria institucionalidade da Justiça



Militar - excepcionalidade e subsidiariedade (última ratio) do instituto. O IDC não se legitima como alternativa meramente conveniente de substituição de competência constitucional.”

IDC 24 - O STJ indeferiu o pedido no caso dos homicídios de Marielle Franco e Anderson Gomes.

INCIDENTE DE DESCOLAMENTO DE COMPETÊNCIA. HOMICÍDIOS DE MARIELLE FRANCO E ANDERSON GOMES. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DE FERNANDA GONÇALVES CHAVES. INQUÉRITO POLICIAL CIVIL EM ANDAMENTO, COM SUPERVISÃO DO GAECO DO MPRJ. PRETENDIDO DESCOLAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES DOS MANDANTES PARA A POLÍCIA FEDERAL. INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EXCEPCIONAL MEDIDA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. À mingua de legislação ordinária que disciplinasse a norma do § 5.º do art. 109 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, o Superior Tribunal de Justiça, dando-lhe aplicação imediata, tratou de delinear seus contornos. 2. Desde os primeiros julgamentos dos Incidentes de Deslocamento de Competência, ficaram estabelecidas as diretrizes para o acolhimento do pedido, quais sejam, excepcionalidade, necessidade, imprescindibilidade, razoabilidade e proporcionalidade da medida, observada a exigência de se reunir os seguintes pressupostos para o seu deferimento: (1) a existência de grave violação a direitos humanos; (2) o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e (3) a incapacidade das instâncias e autoridades locais de oferecer respostas efetivas. 3. As circunstâncias que pairam sobre o caso, ainda inconcluso, parecem apontar para uma execução planejada, com indicativos de participação de organização criminosa, o que, evidentemente, configura gravíssimo atentado não só aos direitos humanos, mas ao próprio Estado Democrático de Direito. Afinal, estar-se-ia diante de uma ação delituosa contra parlamentar atuante perpetrada por criminosos que, em tese, integrariam grupo armado que exerce um poder paralelo ao do Estado constituído. 4. A alegação do MPF de "contaminação" do aparato policial do Estado do Rio de Janeiro pelo crime organizado é feita de forma genérica, sem a indicação de nenhum elemento ou indício de prova concreta do suposto comprometimento dos investigadores do caso. 5. Quanto aos agentes públicos que supostamente atuaram para atrapalhar as investigações, todos foram afastados e há investigações e ações penais em andamento para apuração dos fatos e punição de eventuais culpados. Assim, ao contrário do alegado na petição inicial do Incidente, para cada suposto desvio de conduta de membros da corporação houve uma reação firme no sentido de se reestabelecer a ordem. 6. A opinião de distinto Desembargador do TJRJ acerca da capacidade de a Polícia Civil desvendar os crimes em questão, dada em entrevista a um jornalista, não se transmuda em fundamento apto a justificar o pedido de intervenção, notadamente em razão das aludidas providências legais adotadas, que desdizem a insinuação de incapacidade. 7. Convém esclarecer que, até o momento, não se tem notícia de abertura de nenhum procedimento formal perante as Cortes Internacionais para apurar eventual responsabilidade do Brasil decorrente de suposto descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais. 8. É certo que o Brasil se comprometeu, ao aderir a acordos multilaterais, a garantir proteção a direitos internacionalmente consagrados,



em especial, os direitos humanos. Contudo, a responsabilização por eventual descumprimento, necessariamente, deve decorrer de inércia, descaso, condescendência, ou seja, de uma inação ou de uma ação descompromissada com o bem jurídico tutelado. Hipótese inexistente no caso. 9. A condução das investigações pelas autoridades locais, até o momento, repele a alegação de inércia, ressaltando que já foram ouvidas mais de 230 pessoas, dentre elas, testemunhas, informantes e indiciados, e realizadas diversas medidas cautelares, como interceptação telefônica, quebra de sigilo de dados telemáticos, interceptação ambiental, buscas e apreensões no curso da investigação. 10. No transcorrer das investigações realizadas pela Polícia Civil do Estado em conjunto com o Ministério Público, houve encontro fortuito de crimes graves, envolvendo grupos armados e perigosos, justamente aqueles que são apontados como resistentes ao bom andamento do trabalho investigatório, o que denota efetiva reação do Estado contra o crime organizado. 11. Pelo que se pode inferir dos autos, não há sombra de descaso, desinteresse, desídia ou falta de condições pessoais ou materiais das instituições estaduais encarregadas por investigar, processar e punir os eventuais responsáveis pela grave violação a direitos humanos decorrente dos homicídios da vereadora Marielle Francisco da Silva e seu motorista, Anderson Pedro Matias Gomes. Ao revés, constata-se notório empenho da equipe de policiais civis da Delegacia de Homicídios e do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado - GAECO do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o que desautoriza o atendimento ao pedido de deslocamento do caso para a esfera federal. 12. Ademais, considerando o vasto acervo já formado, com centenas de diligências cumpridas e outras tantas em andamento, o pretendido deslocamento das investigações para a Polícia Federal, ao que tudo indica, acarretaria efeito contrário ao que se defende no incidente suscitado, isto é, traria mais atraso às investigações, militando em desfavor do objetivo perquirido. 13. O auxílio que outras instituições federais ou, quiçá, de outros Estados podem dar à persecução penal, com expressa autorização legal (art. 3.º, inciso VIII, da Lei n.º 12.850/2013), não deve ser desprezado, mormente em razão da complexidade da investigação em tela. Revela-se, pois, bem-vindo o registro lançado pelo Parquet Estadual de que, "nesta parte da investigação, o Ministério da Justiça atua diretamente e prestando apoio ao Ministério Público do Rio de Janeiro, onde diversos atos de investigação vêm sendo praticados em conjunto com o GAECO MPRJ". 14. Pedido de deslocamento de competência julgado improcedente. (IDC 24/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2020, DJe 01/07/2020)

9.5. CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

CF Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

Quando a Constituição outorga à Justiça Federal a competência para julgar os crimes contra a organização do trabalho deve-se compreender apenas quando violados os direitos dos trabalhadores coletivamente considerados. Portanto, diante de uma lesão individualizada a competência será da Justiça Estadual.

Segundo entende o STJ, os crimes previstos nos arts. 197 a 207 do CP somente serão de



competência da Justiça Federal quando ficar demonstrado, no caso concreto, que o delito provocou lesão a:

- Direito dos trabalhadores coletivamente considerados; ou
- Organização geral do trabalho.

Como exemplo, o art. 203 do CP prevê como crime “frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho”. O STJ já decidiu que, se o art. 203 foi perpetrado em detrimento de apenas um trabalhador, compete à Justiça Estadual processar e julgar o feito (CC 108.867/SP, DJe de 19/4/2010).

9.6. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA

*CF Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;*

Para que esse crime seja da competência federal, a lei deve assim dizer. Se a lei não dispôs, não há o que falar nesses crimes na JF. Leis:

- 1) Lei 1.521/51 – crimes contra a economia popular

Como não há nada disposto na Lei, a competência será da Justiça Estadual.

STF Súmula 498 - compete à justiça dos estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular.

- 2) Lei 4.594/64 – crimes de concessão ilegal de empréstimos

Competência da Justiça Estadual

- 3) Lei 7.492/86 - crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

Competência: de acordo com o art. 26 desta lei – JF.

LSFN Art. 26. A ação penal, nos crimes previstos nesta lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.

- 4) Lei 8.137/90

- Crimes contra a ordem tributária: a competência será definida pela natureza do tributo.
- Crimes contra a ordem econômica – Justiça Estadual
- Crimes contra as relações de consumo – Justiça Estadual

- 5) Lei 8.176/91 – Adulteração de Combustíveis: a lei silencia, então é JE. Pouco importa o fato de a ANP fazer a fiscalização.

- 6) Lei 9.613/98 – Lavagem de Capitais, em regra JE.

- Quando o crime for praticado em detrimento de bens serviços ou interesses da União, suas autarquias ou EP.



- Quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

Lei n. 9.613/98, art. 2º: “O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: (...)

III – são da competência da Justiça Federal:

- a) Quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;*
- b) Quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal”.*

9.7. CRIMES COMETIDOS A BORDO DE NAVIOS E AERONAVES

CF Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

...

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

Devemos estudar em conjunto com o CP. Vide art. 5º.

CP Art. 5º - 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.

“Navio”: embarcação de grande porte. Para que o crime seja de competência da Justiça Federal, é necessário que o navio seja uma “embarcação de grande porte”. Assim, se o delito for cometido a bordo de um pequeno barco, lancha, veleiro etc., a competência será da Justiça Estadual.

“Aeronave voando ou parada”: a competência será da Justiça Federal mesmo que o crime seja cometido a bordo de uma aeronave pousada. Não é necessário que a aeronave esteja em movimento para a competência ser da Justiça Federal.

Salienta-se que conforme o entendimento do STJ, “balão” não é considerado uma aeronave, por isso a competência será da Justiça Estadual.

STJ - Compete à Justiça Estadual o julgamento de crimes ocorridos a bordo de balões de ar quente tripulados. Explica-se: os aerôstatos (balões e dirigíveis) não são manobráveis, mas apenas controlados em voo, já que são guiados pela corrente de ar. De outro lado, sua sustentação não ocorre por reações aerodinâmicas, mas por impulsão estática, decorrente do aquecimento do ar ao seu redor, tornando-o menos denso, o que os faz subir e alçar voo. Logo, não podem ser tratados como aeronave à luz do art. 106 do Código Brasileiro de Aeronáutica. Nessa linha: STJ, 3ª Seção, CC



143.400/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 24/04/2019, DJe 15/05/2019.

Navio em situação de deslocamento internacional ou em situação de potencial deslocamento: para que o crime cometido a bordo de navio seja de competência da Justiça Federal, é necessário que o navio esteja em deslocamento internacional ou em situação de potencial deslocamento (ex: está parado provisoriamente no porto, mas já seguirá rumo a outro país).

Se o navio estiver atracado e não se encontrar em potencial situação de deslocamento, a competência será da Justiça Estadual.

O que é situação de potencial deslocamento? Trata-se de conceito que deverá ser avaliado no caso concreto.

Ex1: se o navio (um transatlântico) se encontrava parado no porto para reabastecimento e, após este ser concluído, quando estava preparado para zarpar, ocorreu um delito em seu interior, pode-se entender que ele está em situação de potencial deslocamento internacional, sendo este delito de competência da Justiça Federal.

Ex2: se o navio estiver no estaleiro, para conserto, sem previsão de nova viagem, não se pode dizer que está em potencial deslocamento, sendo de competência da Justiça Estadual o julgamento de eventual delito ali cometido.

A embarcação deve estar apta, portanto, a realizar viagens internacionais.

9.8. CRIMES RELATIVOS À DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS

CF Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

...

XI - a disputa sobre direitos indígenas

Em regra, crime praticado por e contra índio será julgado e processado pela Justiça Estadual.

STJ Súmula: 140 Compete a justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

A competência será da Justiça Federal quando os direitos indígenas forem violados.

CF Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Genocídio contra índios (Lei 2.889/56)

A quem compete processar e julgar o delito de genocídio contra índios. Se estivermos tratando do extermínio de uma etnia, estamos falando dos **direitos dos índios, então a competência é da JF!**

Exemplo: caso dos garimpeiros que mataram grupo de Yanomamis.

No caso em tela, será instaurado Tribunal do Júri Federal ou será julgado por um Juiz singular federal?



Lei 2.889/56 – Lei do Genocídio (LG)

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;*
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;*
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;*
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;*
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;*

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;

Em regra, o crime de genocídio contra índios, é da competência de um juiz singular federal, pois o genocídio NÃO É CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA, mas sim a existência de um grupo nacional, étnico e religioso.

9.9. CONEXÃO E CONTINÊNCIA ENTRE CRIME “FEDERAL” E “ESTADUAL”

Imagine, por exemplo, um crime de moeda falsa praticado em continência com o crime de tráfico doméstico de drogas.

Em razão da conexão e da continência, a competência será da Justiça Federal. Nesse sentido:

Súmula 122 STJ - Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do Art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal

10. COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA ESTADUAL

É residual, ou seja, tudo que não se encaixar no que vimos acima, será de competência da Justiça Estadual.

11. JURISDIÇÃO POLÍTICA OU EXTRAORDINÁRIA

O aprofundamento do tema é feito em Direito Constitucional, uma vez que a jurisdição política não possui natureza criminal.

Segundo Renato Brasileiro, “consiste em uma atividade jurisdicional exercida por órgãos políticos, geralmente alheios ao Poder Judiciário, quando se trata de crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas)”

Cita-se, como exemplo, o julgamento da Presidente Dilma pelo Senado pela suposta prática de uma infração político-administrativa.

12. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO (RATIONE PERSONAE/RATIONE FUNCIONAE)

Alguns doutrinadores e a mídia, chamam de foro privilegiado. Renato Brasileiro afirma que



se trata, realmente, de um privilégio, já que determinadas pessoas (em razão do cargo que ocupam) serão julgadas pelos Tribunais Superiores.

Salienta-se que, tecnicamente, não deve ser utilizada a expressão foro privilegiado, principalmente, em provas discursivas e orais. Isso porque a competência por prerrogativa de função foi criada para proteger o exercício funcional.

Em suma, por exercerem determinadas funções, o ideal é que essas pessoas sejam julgadas pelos Tribunais Superiores, a fim de que não pressionem, por exemplo, os juízes de primeira instância.

Por fim, destaca-se que a terminologia *ratione personae* não é adequada, pois ele não visa proteger a pessoa, mas sim a função ocupada. Desta forma, o correto é usar a expressão *ratione functionae*.

Obs.: Aqui, é importante a leitura da CF, pois, algumas provas, cobram sua literalidade. Por exemplo, quem irá julgar o Governador, o Presidente por crime comum e por crime de responsabilidade.

12.1. INVESTIGAÇÃO E INDICIAMENTO DE PESSOAS COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

De acordo com o STF (Inquérito 2.411 QO/MT), se durante as investigações de um fato delituoso surgirem indícios do envolvimento de uma autoridade com foro por prerrogativa de função, o prosseguimento das investigações e o indiciamento dependem de autorização do relator (será um ministro ou um desembargador).

Com o julgamento da AP 937, o STF definiu que (<https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>):



Situação	Atribuição para investigar
Se o crime foi praticado antes da diplomação	Polícia (Civil ou Federal) ou MP. Não há necessidade de autorização do STF Medidas cautelares são deferidas pelo juízo de 1ª instância (ex: quebra de sigilo)
Se o crime foi praticado depois da diplomação (durante o exercício do cargo), mas o delito não tem relação com as funções desempenhadas. Ex: homicídio culposo no trânsito.	
Se o crime foi praticado depois da diplomação (durante o exercício do cargo) e o delito está relacionado com as funções desempenhadas. Ex: corrupção passiva.	Polícia Federal e Procuradoria Geral da República, com supervisão judicial do STF. Há necessidade de autorização do STF para o início das investigações.

12.2. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO ORIGINÁRIO NAS HIPÓTESES DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA DO PGR/PGJ

O PGR ou o PGJ possuem discricionariedade para determinar o arquivamento, trata-se de uma decisão *interna corporis*, eis que, ainda que o Tribunal não concorde, não havia como aplicar antigo art. 28 do CPP, já que a decisão de arquivamento está sendo emanada pelo chefe do Ministério Público.

12.3. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Duplo grau deve ser entendido como a possibilidade de reexame integral da decisão, seja em relação à matéria de fato, de direito, seja em relação a questões probatórias. Perceba, com isso, que duplo grau não é sinônimo de “poder recorrer”.

Salienta-se que acusados com foro por prerrogativa de função não possuem direito ao duplo grau de jurisdição, o que, no entanto, não significa dizer que não possam recorrer contra decisões dos tribunais (RHC 79795). Contudo, trata-se de recursos de direito apenas (diz-se que tais recursos não se prestam ao direito da parte, mas à uniformização das interpretações das leis).

Obs.: atenção para aqueles indivíduos que foram diplomados após condenação em primeira instância. Por exemplo, João foi condenado em primeira instância, tendo interposto recurso de apelação. Antes do julgamento de apelação, João foi diplomado como Deputado Federal. Neste caso, João terá direito de ter a apelação julgada? De acordo com o STF, o mais adequado é que o recurso seja julgado pelo próprio STF (AP 428), já que o direito aplicado aos recursos é o vigente à época em que a decisão foi proferida.

A seguir colacionamos a tabela feita pelo Prof. Márcio Cavalcante, disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>

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	
Juizes Federais, Juizes Militares e Juizes do Trabalho	TRF ou TRE
Membros do MPU que atuam na 1ª instância	
Juizes de Direito	TJ
Promotores e Procuradores de Justiça	
Prefeitos	TJ, TRF ou TRE

Por fim, vereadores e vice-prefeitos não possuem foro por prerrogativa de função.

O foro por prerrogativa de função foi previsto apenas para os prefeitos (art. 29, X, da CF/88). Diante disso, é inconstitucional norma de Constituição Estadual que crie foro por prerrogativa de função para Vereadores ou Vice-Prefeitos. A CF/88, apenas excepcionalmente, conferiu prerrogativa de foro para as autoridades federais, estaduais e municipais. Assim, não se pode permitir que os Estados possam, livremente, criar novas hipóteses de foro por prerrogativa de função. STF. Plenário. ADI 558/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 22/04/2021.

12.4. REGRA DA CONTEMPORANEIDADE E REGRA DA ATUALIDADE

De acordo com a **regra da contemporaneidade**, a competência por prerrogativa de função deve ser preservada caso a infração penal tenha sido cometida à época e em razão do exercício funcional. Perceba que, aqui, há a ideia de nexo funcional (*propter officium*).

O STF adotava a regra da contemporaneidade, entendimento consagrado na Súmula 394, já cancelada, observe:

STF Súmula 394 - *Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.*
(Cancelada)

Em 1999, o STF cancelou a Súmula 394, já que a competência por prerrogativa de função foi pensada para proteger a função, não faz sentido que uma pessoa que não esteja mais ocupando o cargo faça jus a prerrogativa.

A Lei 10.628/2002, publicada em 24 de dezembro de 2002 (no último ano do Governo FHC) introduziu os §§ 1º e 2º ao art. 84 do CPP. Perceba que o §1º ressuscitou a súmula 394 do STF que



havia sido cancelada, já o §2º conferiu a improbidade administrativa o mesmo tratamento a competência por prerrogativa de função.

CPP Art. 84

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

O Supremo, julgando a ADI 2797, declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do CPP, argumentando que:

- Não há nenhuma justificação para se manter o foro quando o indivíduo não exerce mais a função;
- O Congresso Nacional, através de uma lei ordinária, tentou fazer uma interpretação autêntica da Constituição, usurpando a competência do STF.

Como se viu, o STF, ao julgar a ADI 2797 decidiu que os §§ 1º e § 2º do art. 84 do CPP são inconstitucionais. Ocorre que esses parágrafos vigoraram durante três anos até serem declarados inconstitucionais. Durante esses três anos, foram praticados atos processuais e até prolatadas sentenças, com base na competência estabelecida por tais dispositivos. Por conta desse fato, o Procurador Geral da República, em embargos declaratórios opostos no julgamento da ADI 2797, requereu que o STF estabelecesse quais os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O Plenário, por maioria, acolheu os embargos declaratórios e decidiu que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP somente teriam eficácia a partir de 15/09/2005, data em que tais dispositivos foram formalmente declarados inconstitucionais.

Perceba que no julgamento da ADI 2797, novamente, o STF afastou a regra da contemporaneidade, adotando a regra da atualidade.

Segundo a **regra da atualidade**, o agente faz jus ao foro por prerrogativa de função apenas enquanto estiver exercendo a função. Cessada o exercício da função, cessa o direito ao foro por prerrogativa de função.

A regra da atualidade gera alguns problemas, os quais veremos abaixo.

Imagine, por exemplo, que Pedro, morador de Belo Horizonte, tenha praticado um crime de homicídio. Antes do julgamento pelo Tribunal do Júri, Pedro é diplomado deputado federal. Sob a ótica da regra da atualidade, o processo irá subir para o STF. Diante disso, indaga-se:

- Os atos processuais, anteriores a diplomação, são nulos? NÃO! À época em que os atos foram praticados Pedro não era deputado federal. Portanto, não há nenhuma nulidade e os atos continuam válidos.
- Caso Pedro não seja reeleito e nem se torne Ministro, o processo irá voltar para a primeira instância.

Outro problema decorrente da regra da atualidade é a fuga de foro. Ocorre quando há uma



renúncia voluntária ao mandato eletivo. Pela regra da atualidade, se o deputado renúncia, cessa a competência por prerrogativa de função. Contudo, a renúncia começou a ser usada de forma abusiva, eis que ocorria apenas quando o STF pautava o julgamento.

Veja como o STF estava decidindo:

- AP 333 – renúncia ocorreu 5 dias do julgamento. O STF enviou o processo para primeira instância.
- AP 396 – renúncia um dia antes do julgamento. O STF, pela primeira vez, afirmou que a ninguém é dado exercer nenhum direito de maneira abusiva. Ficou claro que a renúncia foi para evitar o julgamento, por isso o STF não enviou para primeira instância e acabou julgando e condenando.
- AP 536 e AP 606 – STF enviou para primeira instância, mesmo diante da renúncia.

ATENÇÃO!

Na AP 937, julgada em maio de 2018, o STF fixou o seguinte entendimento, as normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele. Assim, por exemplo, se o crime foi praticado antes de o indivíduo ser diplomado como Deputado Federal, não se justifica a competência do STF, devendo ele ser julgado pela 1ª instância mesmo ocupando o cargo de parlamentar federal. Além disso, mesmo que o crime tenha sido cometido após a investidura no mandato, se o delito não apresentar relação direta com as funções exercidas, também não haverá foro privilegiado.

O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018.

Em suma, conforme o Prof. Márcio Cavalcante (<https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>):

CRIMES COMETIDOS POR DEPUTADO FEDERAL OU SENADOR	
Situação	Competência
Crime cometido antes da diplomação como Deputado ou Senador	Juízo de 1ª instância

Crime cometido depois da diplomação (durante o exercício do cargo), mas o delito não tem relação com as funções desempenhadas. Ex: embriaguez ao volante.	
Crime cometido depois da diplomação (durante o exercício do cargo) e o delito está relacionado com as funções desempenhadas. Ex: corrupção passiva.	STF

Perceba que houve a **volta da regra de contemporaneidade**.

Em relação à renúncia, o STF entendeu que:

- Se o réu deixou de ocupar o cargo antes de a instrução terminar: cessa a competência do STF e o processo deve ser remetido para a 1ª instância.
- Se o réu deixou de ocupar o cargo depois de a instrução se encerrar: o STF permanece sendo competente para julgar a ação penal.

Assim, o STF estabeleceu um marco temporal a partir do qual a competência para processar e julgar ações penais – seja do STF ou de qualquer outro órgão jurisdicional – não será mais afetada em razão de o agente deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo (exemplos: renúncia, não reeleição, eleição para cargo diverso).

Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. STF. Plenário. AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018.

A Corte Especial do STJ, seguindo o mesmo raciocínio do STF, limitou a amplitude do art. 105, I, “a”, da CF/88 e decidiu que:

O foro por prerrogativa de função no caso de Governadores e Conselheiros de Tribunais de Contas dos Estados deve ficar restrito aos fatos ocorridos durante o exercício do cargo e em razão deste. Assim, o STJ é competente para julgar os crimes praticados pelos Governadores e pelos Conselheiros de Tribunais de Contas somente se estes delitos tiverem sido praticados durante o exercício do cargo e em razão deste. STJ. Corte Especial. APn 857/DF, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 20/06/2018.

O STJ entendeu que:

- O STF, ao analisar o art. 102, I, da CF/88 decidiu restringir o foro por prerrogativa de função para Deputados Federais e Senadores. Em seguida, restringiu também para Ministros de Estado. A partir dessa restrição, tais autoridades somente poderão ter foro no STF em caso de crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.
- Diante dessa decisão do STF, eu (STJ) também irei restringir o foro por prerrogativa de função para as autoridades que estão listadas no art. 105, I, “a”, da CF/88, aplicando o mesmo raciocínio.
- O fato de a regra de competência estar prevista no texto constitucional (art. 105 da CF/88) não pode representar óbice à análise, por este STJ, de sua própria competência, sob pena de se inviabilizar, nos casos como o dos autos, o exercício deste poder-dever básico de todo órgão julgador, impedindo o imprescindível exame

deste importante pressuposto de admissibilidade do provimento jurisdicional. Em palavras mais simples, a restrição da competência do art. 105 da CF/88 passa por uma nova interpretação do texto constitucional. A função precípua de interpretação à Constituição Federal é do STF. No entanto, eu (STJ), assim como todo e qualquer magistrado, também tenho a prerrogativa de interpretar as normas jurídicas, inclusive a Constituição da República.

- Além disso, todo juiz é competente para analisar a sua própria competência (“kompetenz-kompetenz”), de forma que eu (STJ) posso interpretar o art. 105 da CF/88 para dizer se sou ou não competente para julgar determinada autoridade, podendo, assim, adotar a mesma restrição construída pelo STF.
- O foro especial no âmbito penal é prerrogativa destinada a assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções de especial importância, isto é, não se trata de privilégio pessoal. O princípio republicano é condição essencial de existência do Estado de Direito e impõe a supressão dos privilégios, devendo ser afastados da interpretação constitucional os princípios e regras contrários à igualdade.
- O art. 105, I, “a”, da CF/88 consubstancia exceção à regra geral de competência, de modo que, partindo-se do pressuposto de que a Constituição é una, sem regras contraditórias, deve ser realizada a interpretação restritiva das exceções, com base na análise sistemática e teleológica da norma.
- As mesmas razões fundamentais (a mesma ratio decidendi) que levaram o STF, ao interpretar o art. 102, I, “b” e “c”, da CF/88, a restringir as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser também aplicadas ao art. 105, I, “a”.
- Assim, é de se conferir ao art. 105, I, “a”, da CF/88, o mesmo sentido e alcance atribuído pelo STF ao art. 102, I, “b” e “c”, restringindo-se, desse modo, as hipóteses de foro por prerrogativa de função perante o STJ àquelas em que o crime for praticado em razão e durante o exercício do cargo ou função.

As hipóteses de foro por prerrogativa de função perante o STJ restringem-se àquelas em que o crime for praticado em razão e durante o exercício do cargo ou função. STJ. Corte Especial. AgRg na APn 866-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/06/2018 (Info 630).

DECISÃO QUE RESTRINGE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NÃO SE APLICA PARA DESEMBARGADORES

O Superior Tribunal de Justiça é o tribunal competente para o julgamento nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição Federal), o desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal. Assim, mesmo que o crime cometido pelo Desembargador não esteja relacionado com as suas funções, ele será julgado pelo STJ se a remessa para a 1ª instância significar que o réu seria julgado por um juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal que o Desembargador. A manutenção do julgamento no STJ tem por objetivo preservar a isenção (imparcialidade e independência) do órgão julgador. STJ. Corte Especial. QO na APn 878-DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 21/11/2018 (Info 639).

É uma espécie de “exceção” ao entendimento do STJ que restringe o foro por prerrogativa de função. O STJ entendeu que haveria um risco à imparcialidade caso o juiz de 1º instância julgasse um Desembargador (autoridade que, sob o aspecto administrativo, está em uma posição hierarquicamente superior ao juiz).

Compete aos tribunais de justiça estaduais processar e julgar os delitos comuns, não relacionados com o cargo, em tese praticados por Promotores de Justiça. STJ. 3ª Seção. CC 177.100-CE, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 08/09/2021 (Info 708).

De fato, o STF restringiu sua competência para julgar membros do Congresso Nacional somente nas hipóteses de crimes praticados no exercício e em razão da função pública exercida. Todavia, para o Min. Joel Ilan Paciornik, o referido precedente analisou expressamente apenas o foro por prerrogativa de função referente a cargos eletivos, haja vista que o caso concreto tratava de ação penal ajuizada em face de Deputado Federal.

A Corte Especial do STJ, no julgamento da QO na APN 878/DF reconheceu sua competência para julgar Desembargadores acusados da prática de crimes com ou sem relação ao cargo, não identificando simetria com o precedente do STF. Naquela oportunidade, firmou-se a compreensão de que se Desembargadores fossem julgados por Juízo de Primeiro Grau vinculado ao Tribunal ao qual ambos pertencem, criar-se-ia, em alguma medida, um embaraço ao Juiz de carreira responsável pelo julgamento do feito. Em resumo, o STJ apontou *discrímen* relativamente aos magistrados para manter interpretação ampla quanto ao foro por prerrogativa de função, aplicável para crimes com ou sem relação com o cargo, com fundamento na necessidade de o julgador desempenhar suas atividades judicantes de forma imparcial.

Nesse contexto, considerando que a previsão da prerrogativa de foro da Magistratura e do Ministério Público encontra-se descrita no mesmo dispositivo constitucional (art. 96, III, da CF/88), seria desarrazoado conferir-lhes tratamento diferenciado.

12.5. CRIME COMETIDO APÓS O EXERCÍCIO FUNCIONAL

O agente não possui direito ao foro por prerrogativa de função.

12.6. CRIME DOLOSO CONTRA VIDA

Tratando-se de crime doloso contra a vida, a própria Constituição Federal afirma que a competência será do tribunal do júri. Contudo, a CF, igualmente, outorga a competência de determinados tribunais para o julgamento de algumas pessoas.

Assim, pelo princípio da especialidade, a competência dos tribunais, prevista na CF, irá prevalecer sobre o tribunal do júri. Salienta-se que se a competência estiver prevista na Constituição Estadual, irá prevalecer a competência constitucional do júri.

Nesse sentido:

Súmula vinculante 45-STF: A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.

Por exemplo:

- Governador que mata dolosamente uma pessoa será julgado pelo STJ
- Promotor do RJ será julgado pelo TJ/RJ
- Delegado Geral de Polícia de MG será julgado pelo tribunal do júri
- Deputado estadual será julgado pelo TJ, conforme entendimento do STJ

Importante destacar que o STF, na Ação Penal 937, entendeu que o direito ao foro por

prerrogativa deve possuir um anexo funcional, ou seja, o crime deve ter sido praticado durante o exercício do cargo e em razão das funções desempenhadas. Portanto, a Súmula Vinculante 45 deve ser conjugada com o entendimento do STF na referida Ação Penal, à luz da regra da contemporaneidade.

12.7. CONCURSO DE AGENTES

Imagine, por exemplo, que João pratica um crime em concurso com um deputado federal. Diante disso, indaga-se:

- 1) O julgamento ocorrerá no STF ou haverá a separação dos processos?

Havendo conexão ou continência os processos poderão ser reunidos e julgados perante o STF, não há violação ao juiz natural, nem a ampla defesa e nem ao devido processo legal.

Súmula 704 do 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.

- 2) A reunião dos processos no STF é obrigatória ou facultativa?

A reunião é FACULTATIVA.

Nos casos mais complexos, o STF tem optado pela separação dos processos.

- 3) A reunião dos processos no STF sempre poderá ocorrer independentemente da natureza do delito?

Tratando-se de crime doloso contra vida não será possível a reunião dos processos, uma vez que a conexão e a continência são regras infraconstitucionais de mudança de competência. Assim, não podem se sobreporem à competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

12.8. SÚMULAS

- Súmula 702 STF

Súmula 702 - A competência do tribunal de justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.

O Prefeito será julgado pelo TJ apenas nos casos de crime estadual. Tratando-se de crime federal, será julgado pelo TRF; tratando-se de crime eleitoral, será julgado pelo TRE

- Súmula 703 do STF

Súmula 703 - A extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do DL 201/1967.

Os crimes previstos no art. 1º do DL 201/1967 são crimes comuns. Assim, o fato de ter havido a extinção do mandato não funciona como óbice à deflagração da persecução penal.

- Súmula 396 do STF

Súmula 396 - Para a ação penal por ofensa à honra, sendo admissível a exceção da verdade quanto ao desempenho de função pública, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que já tenha cessado o exercício funcional do ofendido.

De acordo com Renato Brasileiro, a partir do momento em que o STF deliberou pelo cancelamento da Súmula 394, deveria ter cancelado esta súmula, pois está ultrapassada.

Obs.: lembrar da AP 937, já que o STF está sinalizando para a adoção da regra da contemporaneidade.

13. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

13.1. CONSIDERAÇÕES

Trata-se de competência relativa. Portanto:

- É prorrogável
- É passível de modificação
- Pode causar, no máximo, uma nulidade relativa. Assim, deve ser alegada em momento oportuno (sob pena de preclusão), bem como deve ser demonstrado o prejuízo.

13.2. REGRA DE FIXAÇÃO

Em regra, será determinada pelo local da consumação (Teoria do Resultado)

Na tentativa, será determinada pelo local do último ato de execução.

CPP Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

§ 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumir fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

§ 2º Quando o último ato de execução for praticado FORA do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

Parágrafos §1º e §2º: crimes cometidos aqui e resultado em outro país e vice-versa. “Crimes de espaço máximo” ou “crime à distância” Aqui, se aplica a Teoria da Ubiquidade (âmbito penal), ou seja, aplica-se a lei do país em que ocorreu a conduta OU o resultado. A competência territorial será do lugar onde ocorreu o último ato de execução (§1º) ou onde o ato tenha produzido ou devia ter produzido o resultado (§2º).

*§ 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela **PREVENÇÃO**.*

Prevenção é um critério residual (será sempre o último a ser analisado) de fixação de competência. O juiz estará prevento quando entre dois ou mais juízos, igualmente competentes, um deles se anteceder aos demais, na prática de um ato decisório, ainda que anterior ao processo criminal.

13.3. CRIMES FORMAIS

Crime formal (consumação antecipada) é aquele em que o resultado é mero exaurimento.

Imagine, por exemplo, uma ligação extorsionária. A vítima, que está no Rio de Janeiro, recebe uma ligação do presídio de Bangu e é constrangida a entregar o dinheiro em Búzios. Qual será o foro competente? Bangu, Rio de Janeiro ou Búzios?

O crime de extorsão consuma-se no local em que a vítima é constrangida, pouco importando o local em que o pagamento foi feito. A competência será do juízo do Rio de Janeiro.

13.4. CRIMES PLURILOCAIS DE HOMICÍDIO

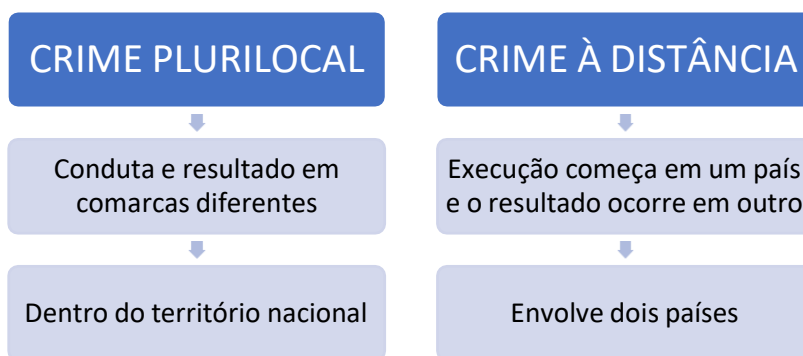
Crime plurilocal é aquele em que a conduta ocorre em um local e o resultado em outra comarca.

Tiros são desferidos em Campinas, mas a vítima morre em hospital de São Paulo. Pela regra do art. 70, seria São Paulo a consumação e a competência. No entanto, para a jurisprudência, nesse caso não aplica a regra do art. 70 (teoria do resultado), prevalecendo que o foro competente será o do local da conduta (**teoria da atividade**), por dois motivos:

- Questões probatórias: no Tribunal do Júri a prova se concentra na audiência de julgamento, portanto não conseguiria ouvir as testemunhas de outra comarca no dia do julgamento.
- Questões de política criminal: o julgamento deve ser feito no lugar em que ocorreu a conduta, que é onde o crime teve repercussão.

Obs.: A doutrina (Fernando de Almeida Pedroso) chama de Princípio do Esboço do Resultado, uma vez que o resultado do delito é esboçado no local da conduta.

Por fim, é importante não confundir crime plurilocal com o crime à distância (crime de espaço máximo).



13.5. COMPETÊNCIA TERRITORIAL PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE ESTELIONATO

13.5.1. Antes da vigência da Lei 14.155/2021

a) Estelionato praticado por meio de cheque falso

Inicialmente, salienta-se que a regra geral da competência territorial, prevista no art. 70, *caput*, do CPP dá-se pelo local em que a infração foi consumada.

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

A conduta de emitir cheque falso está tipificada no art. 171, *caput*, do CP. Como a conduta é “obter”, a competência será do local em que a vantagem indevida for obtida. Assim, por exemplo, quando João emite um cheque falso na cidade de Campinas/SP e obtém uma vantagem ilícita, a competência territorial será de Campinas.

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Portanto, antes da Lei 14.155/2021, o crime de estelionato praticado por meio de cheque falso seguia a regra geral do art. 70, *caput*, do CP.

b) Fraude no pagamento por meio de cheque

A tipificação da fraude no pagamento por meio de cheque está disciplinada no art. 171, §2º, VI, do CP, trata-se de modalidade equiparada ao estelionato. Observe:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

Na fraude no pagamento por meio de cheque, a competência territorial é dada pelo local da recusa, que será o local da agência bancária. Imagine, por exemplo, que João reside em Curitiba, desloca-se até Porto Alegre e compra uma bicicleta com um cheque sem fundos. A consumação será dada pelo local da agência bancária em que houve a recusa do pagamento. Neste caso, portanto, a competência será de Curitiba.

É o que prevê as súmulas 244 do STJ e 521 do STF.

Súmula 244 STJ: compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.

Súmula 521 STF: o foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

c) Estelionato envolvendo transferência de valores e depósitos bancários

No STJ havia divergência acerca da competência territorial do estelionato envolvendo transferência de valores ou depósitos bancários. Nos últimos julgados, entendeu que a competência seria do local em que a agência bancária do destino dos depósitos estivesse localizada.

13.5.1. Após da vigência da Lei 14.155/2021

De acordo com Renato Brasileiro, a Lei 14.155/2021 buscou maior eficiência no processo e julgamento dos crimes de estelionato, alterando o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Observe a redação do art. 70, §4º, do CPP.

Art. 70, § 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021)

a) Competência definida pelo local do domicílio da vítima

A competência territorial definida pelo local do domicílio da vítima é uma grande novidade. Isto porque, até o advento da Lei 14.155/2021, o Código de Processo Penal previa apenas a possibilidade de fixação de competência territorial com base no domicílio do autor do delito, nos termos dos arts. 72 e 73 (ambos continuam válidos).

Art. 72. Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu.

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.

Portanto, a partir da Lei 14.155/2021, o Código de Processo Penal passou a prever:



b) Crimes do art. 171 do CP sujeitos ao novo regramento

Segundo Renato Brasileiro, as alterações promovidas pela Lei 14.155/2021, conforme se infere pela leitura do art. 70, §4º, do CPP, serão aplicadas às modalidades do *caput* do art. 171 do CP e às modalidades equiparadas, sobretudo a do art. 171, §2º, VI do CP.

Contudo, não significa que todo o crime de estelionato, após o advento da Lei 14.155/2021, terá a competência fixada pelo local do domicílio da vítima. Isto porque o legislador delimitou a

incidência às seguintes modalidades de estelionato:

- Quando praticado mediante depósito;
- Quando praticado mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado;
- Quando praticado mediante transferência de valores.

c) (Im) possibilidade de aplicação do novo regramento a outros crimes patrimoniais

Há crimes contra o patrimônio que, assim como o estelionato, são praticados mediante fraude, a exemplo do furto qualificado. Porém, conforme entendimento de Renato Brasileiro, não é



possível a estender a regra de competência de certas modalidades do estelionato (domicílio da vítima) para tais delitos, tendo em vista que se trata de uma regra excepcional.

d) Overruling das súmulas 521 do STF e 244 do STJ

A expressão *overruling* é utilizada para indicar que uma súmula ou entendimento jurisprudencial está ultrapassado.

Observe:

Súmula 244 STJ: compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.

Súmula 521 STF: o foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado.

Com a Lei 14.155/2021, as Súmulas 244 do STJ e 521 do STF encontram-se ultrapassadas, tendo em vista que previam a competência do local da recusa do pagamento para o crime de emissão de cheques sem fundos, que passou a ter como competência o local de domicílio da vítima.

e) (In) subsistência da Súmula 48 do STJ

Veja a redação da Súmula 48 do STJ que trata da falsificação de cheque:

Súmula 48 STJ – Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

Como se percebe, o §4º do art. 70, do CPP, com a redação dada pela Lei 14.155/2021, não faz referência à falsificação de cheque. Portanto, no entendimento do Professor Renato Brasileiro, não será possível fixar a competência do crime de estelionato mediante falsificação de cheque pelo local de domicílio da vítima.

Continua válida a previsão da Súmula 48 do STJ, sendo a competência firmada pelo local da obtenção da vantagem ilícita.

f) (Im) possibilidade de alteração da competência territorial dos processos criminais em andamento à época da entrada em vigor da Lei 14.155/2021

A Lei 14.155/2021 promoveu uma mudança de competência, pode surgir dúvida acerca da

aplicação aos processos criminais que estão em andamento.

Diante do silêncio do CPP, aplica-se o art. 43 do CPC/15, que trata da *perpetuatio jurisdictionis* (perpetuação de competência). Significa dizer que, após a fixação da competência, são irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, a não ser que tenha havido alteração de competência absoluta (em razão da matéria, em razão das funções, em razão da função) ou supressão de órgão judiciário.

Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

Portanto, os processos em andamento que contemplam as modalidades de estelionato previstas no art. 70, §4º, do CPP não terão sua competência alterada, já que se trata de uma regra de competência territorial.

g) Aplicação aos inquérito em andamento

A nova lei é norma processual, de forma que deve ser aplicada de imediato, ainda que os fatos tenham sido anteriores à nova lei, notadamente porque o processo ainda está em fase de inquérito policial.

Nos crimes de estelionato, quando praticados mediante depósito, por emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou por meio da transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, em razão da superveniência de Lei nº 14.155/2021, ainda que os fatos tenham sido anteriores à nova lei. STJ. 3ª Seção. CC 180.832-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 25/08/2021 (Info 706).

h) Pluralidade de vítimas

Havendo mais de uma vítima dos crimes de estelionato, quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, será definida pela prevenção (critério residual de fixação de competência).

O Professor Renato Brasileiro destaca que é preciso observar:

1º) Residindo todas as vítimas na mesma Comarca, não há falar em prevenção. Neste caso, a competência será fixada pelo domicílio das vítimas que é o mesmo.

2º) Residindo em Comarcas diversas a competência será fixada pela prevenção (art. 83 do CPP). Os dois ou mais juízos competentes serão aqueles dos domicílios das vítimas.

13.6. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO

A competência territorial para os crimes de descaminho (art. 334 do CP) e do contrabando (art. 334-A do CP), tecnicamente, deveria ser do local da aduana, ao não efetuar o pagamento. Contudo, o entendimento dos Tribunais Superiores é que a competência será definida pelo local de apreensão dos bens.

Súmula 151 STJ - A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.

13.7. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS POR MEIO DE REMESSA DO EXTERIOR PELA VIA POSTAL

A competência territorial será do local em que a droga foi apreendida.



Cadernos Sistematizados

Instagram: @cadernossistematizados | E-mail: contato@cadernossistematizado.com

Súmula 528-STJ: Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional.

13.8. CRIME DE USO DE PASSAPORTE FALSO

A competência será do local em que o passaporte foi apresentado.

Súmula 200 STJ - 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

13.9. CRIMES PRATICADOS NO ESTRANGEIRO

Imagine que João, funcionário do Banco do Brasil de Buenos Aires, pratique um crime de peculato apropriação. Antes de ir para Buenos Aires, João residia em Campinas/SP. Qual será a competência territorial?

Importante lembrar do art. 7º do CP, que trata de extraterritorialidade da lei penal.

*Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:
I - os crimes:*

*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*

João estará sujeito à lei brasileira. Será julgado pela Justiça Estadual, uma vez que o Banco do Brasil é uma sociedade de economia mista. A competência territorial será da cidade de São Paulo, pois é a Capital do Estado da última residência de João, nos termos do art. 88 do CPP.

Art. 88. 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.

13.10. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A Lei dos Juizados adota o local da conduta, diferente do Código de Processo Penal que adota o local do resultado.

Lei 9.099 – JECRIM Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.

13.11. COMPETÊNCIA TERRITORIAL COM BASE NO DOMICÍLIO DO ACUSADO

O domicílio do acusado será levado em consideração para fixação de competência territorial

quando:

- For incerto o local da consumação. Cita-se, como exemplo, um crime de furto ocorrido no interior de um ônibus interestadual;



Cadernos Sistematizados

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

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.

- Nos casos de exclusiva ação penal privada é possível optar pelo local da consumação OU pelo domicílio do acusado, nos termos do art. 73 do CPP. Trata-se de uma hipótese de foro de eleição no processo penal.

14. CONEXÃO E CONTINÊNCIA

14.1. CONSIDERAÇÕES

Em regra, conexão e continência, são causas modificativas de competência. Ou seja, os processos isoladamente considerados deveriam tramitar separados, mas entre eles há uma relação de conexão ou de continência.

Perceba que, como são causas modificativas, só podem alterar a competência relativa.

Imagine, por exemplo, que tenha sido praticada a receptação de um veículo na Cidade de Niterói/RJ. Contudo, o veículo foi roubado na Cidade do Rio de Janeiro, dias antes. Perceba que entre os delitos há uma conexão probatória, já que a prova do crime de roubo é fundamental para a prova do crime de receptação. Diante da conexão probatória, o melhor caminho é reunir os processos (*simultaneus processos*), fazendo com que a produção de provas seja conjunta e coesa, fato que gera celeridade e economia processual. Por fim, destaca-se que a reunião ocorrerá no Rio de Janeiro, que possui força atrativa para a receptação, tendo em vista que é o local em que ocorreu o crime mais grave.

14.2. CONCEITO DE CONEXÃO

Segundo Renato Brasileiro, “*conexão pode ser compreendida como o nexos, a dependência recíproca que dois ou mais fatos delituosos guardam entre si, recomendando a união de todos eles em um mesmo processo penal, perante o mesmo órgão jurisdicional, a fim de que este tenha uma perfeita visão do quadro probatório*”.

Está prevista no art. 76 do CPP, o qual aponta suas espécies. Observe:

CPP Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, OCORRENDO DUAS OU MAIS INFRAÇÕES, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por VÁRIAS PESSOAS reunidas (*intersubjetiva por simultaneidade ou ocasional*), ou por várias pessoas em concurso embora diverso o tempo e o lugar (*intersubjetiva por concurso*), ou por várias pessoas, umas contra as outras (*intersubjetiva por reciprocidade*);

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar (*objetiva teleológica*) ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas (*objetiva consequencial*);

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. (*instrumental ou probatória*),



14.3. ESPÉCIES DE CONEXÃO

14.3.1. Conexão intersubjetiva: várias pessoas e vários delitos

Prevista no art. 76, I, do CPP.

Envolve vários crimes (necessidade de PLURALIDADE DE CONDUCTAS) e várias pessoas, obrigatoriamente (esse critério diferencia da continência).

POR SIMULTANEIDADE: Duas ou mais infrações cometidas por várias pessoas, ao mesmo tempo, quando ocasionalmente reunidas. Não há concurso (não há liame subjetivo). É rara. Exemplo: saque de mercado.

POR CONCURSO (OU CONCURSAL): Duas ou mais infrações cometidas por várias pessoas em concurso, em tempo e local diversos. Exemplo: Quadrilha especializada em roubo de cargas.

POR RECIPROCIDADE: Duas ou mais infrações cometidas por várias pessoas, umas contra as outras. Exemplo: Briga entre torcedores fora do estádio, caso de lesões corporais recíprocas. Não se trata de rixa, pois aqui se sabe em quem se está batendo.

14.3.2. Conexão objetiva/material/lógica/teleológica

Previsto no art. 76, II do CPP.

Ocorre quando uma infração é cometida para facilitar, ocultar, assegurar a impunidade ou vantagem em relação outra infração.

Exemplo: Assalto do BACEN. Um dos assaltantes mata o outro para ficar com todo o dinheiro.

TELEOLÓGICA: infração é cometida para facilitar as outras.

CONSEQUENCIAL: infração é cometida para ocultar, conseguir a impunidade ou vantagem em relação às outras.

14.3.3. Conexão instrumental/probatória/processual

Prevista no art. 76, III do CPP.

Mais importante de todas.

Quando a prova de um crime influencia na prova de outro.

Ex.: Receptação e crime anterior; lavagem de capitais e crime antecedente.

14.4. CONCEITO DE CONTINÊNCIA

Segundo Renato Brasileiro, “*configura-se quando uma demanda, em face de seus elementos (partes, pedido e causa de pedir) estiver contida em outra*”.

Está prevista no art. 77 do CPP, o qual consagra suas duas espécies. Observe:



CPP Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:
I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; (**cumulação subjetiva**).
II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal. (**cumulação objetiva por concurso formal de crimes**).

14.5. ESPÉCIES DE CONTINÊNCIA

14.5.1. Continência subjetiva ou por cumulação subjetiva

Prevista no art. 77, I do CPP.

Ocorre quando várias pessoas são acusadas pela MESMA infração penal. Aqui, é só um crime, ao passo que na conexão por concurso são vários delitos.

Exemplo: Crime de homicídio praticado em coautoria.

14.5.2. Continência objetiva ou por cumulação objetiva

Prevista no art. 77, II do CPP.

Ocorre nas hipóteses de concurso formal de crimes (art. 70 CP), *aberratio ictus* (art. 73, CP) e *aberratio criminis* (art. 74 CP).

CONCURSO FORMAL: Com uma conduta, o agente pratica mais de um crime.

ABERRATIO ICTUS: Ocorre a continência por erro na execução. O agente mira na pessoa desejada e mata outra, além da desejada. Há concurso formal dos crimes, provocando a continência.

ABERRATIO CRIMINIS: Quando o agente atinge bem jurídico diverso do pretendido, além do pretendido. Há concurso formal dos crimes, provocando a continência.

14.6. EFEITOS DA CONEXÃO E DA CONTINÊNCIA

14.6.1. Processo e julgamento único (*simultaneus processus*)

Previsto no art. 79 do CPP.

Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:
I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;
II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.
§ 1º Cessará, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum corréu, sobrevier o caso previsto no art. 152.
§ 2º A unidade do processo não importará a do julgamento, se houver corréu foragido que não possa ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461.

A partir do momento em que a conexão e a continência são constatadas, os processos devem ser reunidos, a fim de que haja um processo e um julgamento único, atendendo à economia processual, à celeridade, à razoável duração do processo e à busca da verdade.

14.6.2. Um foro ou um juízo exercerá força atrativa (*fórum attractionis* ou *vis attractiva*)

Na prática deveria ocorrer a advocatória. Assim, determinado o juiz com força atrativa, os

processos deverão ir para ele.

Art. 82. Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas.

Havendo discordância haverá conflito de competência.

Se já houve decisão de primeira instância em um dos processos, não é possível a reunião dos feitos (se está em segundo grau). Nesse sentido, a Súmula 235 do STJ.

STJ Súmula nº 235 *A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.*

14.7. FORO PREVALECENTE

14.7.1. Competência prevalente do Tribunal do Júri

Prevalece a competência do TRIBUNAL DO JÚRI ou ÓRGÃO DE MAIOR GRAU, salvo em relação a atos infracionais, crimes eleitorais e crimes militares (art. 79), nos quais inexistente a reunião de causas.

*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;*

*Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:
I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;
II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.*

14.7.2. Jurisdição distinta

No concurso entre jurisdição comum e especial, prevalece a especial. Por exemplo, no concurso de um crime comum e um eleitoral, a Justiça Eleitoral irá julgar.

Não se aplica ao crime comum federal, pois a competência da JF está prevista na Constituição. Assim, ocorrerá a separação dos processos. Lembrar que o STF possui entendimento que a Justiça Eleitoral terá força atrativa mesmo diante de crimes da competência da Justiça Federal.

*CPP Art. 78. Na determinação da competência por CONEXÃO ou CONTINÊNCIA, serão observadas as seguintes regras:
IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.*

14.7.3. Concurso entre órgãos de jurisdição superior e inferior

Havendo conexão e continência envolvendo órgãos de diferente graduação, prevalecerá o de maior graduação.

*CPP Art. 78. Na determinação da competência por CONEXÃO ou CONTINÊNCIA, serão observadas as seguintes regras:
III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;*

Quando os dois tiverem foro por prerrogativa de função previsto na CF, para Renato Brasileiro deveria haver a separação. Contudo, não é o entendimento que prevalece, sendo aplicado o art. 78, III do CP.

14.7.4. Jurisdição da mesma categoria

Se forem competentes à mesma Justiça prevalece a comarca em que foi praticado o DELITO MAIS GRAVE. Exemplo: Roubo em SP, receptação em Santos. Compete à SP, pois foi mais grave.

Qual o delito mais grave?

Primeiro analisa-se a NATUREZA DA PENA (reclusão é mais grave que detenção); sendo de mesma natureza, considera-se mais grave a que tenha MAIOR PENA MÁXIMA cominada; o derradeiro critério é aferição da MAIOR PENA MÍNIMA COMINADA. A partir daqui:

- Se forem crimes de igual gravidade, prevalece o local em que foi praticado o MAIOR NÚMERO DE INFRAÇÕES.

- Se nenhum dos critérios anteriores for suficiente, firma-se a competência pela PREVENÇÃO.

CPP Art. 78. Na determinação da competência por CONEXÃO ou CONTINÊNCIA, serão observadas as seguintes regras:

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave; (espécie de pena – reclusão/detenção → pena máxima → pena mínima)

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;

TEORIA GERAL DAS PROVAS

1. PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A vedação de provas ilícitas está amparada no Estado Democrático de Direito, não é admissível que o Estado tenha uma postura delituosa para tão somente produzir provas contra determinada pessoa. Agindo assim, o Estado, estaria se nivelando ao próprio criminoso.

1.2. FUNDAMENTOS

1.2.1. Proteção aos direitos fundamentais

De nada adiantaria a CF prever a inviolabilidade das ligações telefônicas, por exemplo, se fosse permitido ao Estado grampear sem autorização judicial. Ou, ainda, não faria sentido proteger o domicílio se fosse permitido a entrada sem mandado ou flagrante para fazer buscas.

1.2.2. Causa de dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais

A vedação às provas ilícitas constrange os agentes estatais à adoção de práticas probatórias legais, já que sabem, antecipadamente, que as provas produzidas serão nulas futuramente.

Como todo e qualquer direito fundamental, o direito à prova não tem natureza absoluta. Está sujeito a limitações porque coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico.

1.3. PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, veda a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

CF, art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”.

1.4. DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA

A distinção foi trazida para o Brasil por Ada Pellegrini, mas é uma criação de Pietro Novolone.

	PROVA ILÍCITA	PROVA ILEGÍTIMA
CONCEITO	<p>É a prova produzida com violação à regra de direito material.</p> <p>Obs.: o art. 157, caput, do CPP conceituou “provas ilícitas” como: “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. No entanto, a redação não é clara, pois deixa dúvidas se as “normas</p>	<p>É a prova produzida com violação à regra de direito processual. Ex. art. 479 do CPP¹</p>



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

legais” seriam somente de direito material ou de direito material e processual.

Há duas correntes:

Interpretação extensiva: o conceito de prova ilícita, a partir da reforma processual de 2008, passou a abranger o conceito de prova ilegítima. Como a lei não estabeleceu nenhuma distinção, a prova ilícita violaria tanto uma norma legal de direito material como também uma norma legal de direito processual. Assim, a distinção não teria mais sentido algum.

Interpretação restritiva: quando o dispositivo faz referência às “normas legais” ele estaria fazendo menção apenas às normas legais de direito material..

MOMENTO Obs.: Não é unanimidade, apenas alguns doutrinadores fazem tal diferença	É produzida antes do processo (extraprocessual) Obs.: é possível que haja prova ilícita dentro do processo, por exemplo, o juiz não adverte o acusado que possui direito ao silêncio.	É produzida no curso do processo (endoprocessual). Ex. art. 203 ² do CPP
EXEMPLOS	Confissão obtida mediante tortura.	Exame cadavérico feito por apenas um perito não oficial (deveriam ser dois)
CONSEQUÊNCIAS	Por serem inadmissíveis, deverão ser excluídas (desentranhadas) do processo, nos termos do art. 157, §3º do CP ³ .	Declaração de nulidade (absoluta ou relativa) – aplica-se a Teoria das Nulidades.

1. Em regra, os documentos podem ser juntados em qualquer fase do processo, salvo nos casos previstos em lei, como ocorre no art. 479 do CPP. Caso não seja respeitado, haverá violação de regra processual, tornando a prova ilegítima.



Cadernos Sistematizados

Instagram: @cadernossistematizados | E-mail: contato@cadernossistematizado.com

CPP, art. 479: Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte” (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

Seria caso de nulidade absoluta.

2. Juiz não colhe o compromisso de dizer a verdade da testemunha.

CPP, art. 203: A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade

Prevalece o entendimento de que é mera irregularidade.

3. O direito de exclusão é materializado através do desentranhamento da prova ilícita do processo.

CPP, 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)
§ 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)

O ideal é que a inadmissibilidade da prova seja proferida em decisão interlocutória,

sendo cabível o RESE (art. 581, XIII). Caso a ilicitude da prova seja reconhecida na sentença, caberá apelação (ainda que se queira questionar apenas a ilicitude da prova).

Salienta-se que se o juiz proferir uma decisão reconhecendo a licitude da prova caberá *habeas corpus*, quando em risco a liberdade de locomoção, ou mandado de segurança.

Por fim, destaca-se que quando não couber mais recursos (preclusa a decisão), a prova desentranhada deverá ser inutilizada, ou seja, ser destruída, salvo:

- Quando se tratar de um objeto lícito pertencente a terceiro de boa-fé
- Quando a prova ilícita constituir o corpo de delito.

Importante, ainda, fazer referência ao art. 157, §4º do CPP (vetado) que tratava da **descontaminação do julgado**, segundo a qual o juiz que teve contato com a prova ilícita deveria ser afastado do processo.

CPP Art. 157, § 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (VETADO)

No entanto, o dispositivo foi vetado pelo Presidente. Entendeu que poderia gerar uma *manipulação* quanto ao juiz, caso o juiz fosse afastado, às vezes a própria parte de maneira fraudulenta poderia produzir uma prova ilícita de maneira a afastar o juiz do caso

Razões do veto: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.”

Apesar disso, a Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, introduziu ao art. 157 do CPP o §5º que possui a mesma redação do §4º que havia sido vetado.

Art. 157, § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) EFICÁCIA SUSPENSA

Por mais que o juiz determine o desentranhamento e a inutilização da prova, o mero contato com a prova possui o condão de prejudicar o julgamento, já que terá exercido, voluntariamente ou não, influência na decisão.

De acordo com Renato Brasileiro, o dispositivo deve ser utilizado com cautela, principalmente, em relação à boa-fé das partes, a fim de que não ocorra a mudança do juiz natural. Justamente, por isso, que o dispositivo se encontra com a eficácia suspensa.

1.5. TEORIA DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

1.5.1. Conceito

São meios probatórios que, não obstante lícitos em sua essência, decorrem de prova anteriormente obtida por meios ilícitos, restando, dessa forma, contaminados pela ilicitude originária.

Exemplo: confissão de homicídio mediante tortura.

A prova ilícita por derivação é uma aplicação **da teoria americana da árvore dos frutos envenenados**, segundo a qual o defeito existente no tronco contamina os frutos.

A prova ilícita por derivação surge no Direito Americano, no julgado *Silverthorne Lumber Co. X EUA* (1920) e depois outro julgado em 1939 (Caso *Nardone x EUA*). A partir desse segundo julgado, começa a ser utilizada a chamada **Teoria dos Frutos da Árvore envenenada** (“**fruits of poisonous tree theory**”).

Outro julgado americano importante é o caso *Miranda X Arizona*. É nesse caso que surgem os chamados *Miranda's Rights* (ou *Miranda warnings*) ou **Avisos de Miranda**. Para a Suprema Corte Americana nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes tenha sido informada de:

- Tem o direito de não responder;
- Tudo que disser pode ser usado contra ele;
- Tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado.

No Brasil, ao julgar o HC 80.949, o STF considerou ilícita uma gravação, feita por policiais, de confissão do acusado sem que houvesse advertência formal quanto ao direito ao silêncio.

Essa Teoria era somente adotada jurisprudencialmente, mas com a reforma do CPP, tornou-se texto legal (art. 157, §1º):

Art. 157, § 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.

Exemplo de aplicação: Testemunha A presta depoimento perante o juiz esclarecendo fatos do crime. Posteriormente, descobre-se que essa testemunha foi encontrada apenas em decorrência de uma interceptação telefônica ilegal. Logo, seu testemunho é contaminado e considerado ilícito.

1.6. LIMITAÇÕES À TEORIA DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Com o passar dos anos, a Suprema Corte Americana entendeu que a Teoria da Prova Ilícita por Derivação não poderia ser aplicada de forma ilimitada. Diante disso, surgiram teorias que visam a licitude da prova.

1.6.1. Teoria da fonte independente

Essa teoria tem origem no direito americano (*The Independent Source Limitation*) no caso *Bynum X US*, em que o cidadão foi preso ilegalmente, e com essa prisão fizeram uma identificação datiloscópica. Com a identificação (ilegal por derivação) acharam suas digitais na cena do crime. Pela ilegalidade a Corte exclui essa identificação. No entanto, posteriormente, verificaram que já existia uma identificação no sistema do FBI, de forma independente, o que possibilitou o processo e a condenação do *Bynum*.

Trata-se da prova obtida de forma independente, não sendo contaminada pelo veneno da prova ilícita (de um lado ela tem relação com a ilícita, mas por outro lado tem uma fonte independente que a torna lícita).

Segundo Renato Brasileiro, “se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta

não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária”.

A Teoria da Fonte Independente já era adotada pelo STF (RHC 90.376, HC 83921), vindo a ser inserida no art. 157, §1º.

Art. 157, § 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.

Ada Pellegrini: é o inverso da “ilícita por derivação”, pois se nessa há de ter nexo causal entre a prova ilícita e a outra prova, na fonte independente não pode ter nexo causal.

Obs.: segundo a doutrina, o legislador teria cometido um equívoco na redação do art. 157, §2º, pois na verdade ele conceituou no § 2º não a limitação da fonte independente, mas a teoria da descoberta inevitável da prova

1.6.2. Teoria da descoberta inevitável

Essa teoria também tem origem no direito norte-americano (*The Inevitable Discovery Limitation*) no julgado Nix X Williams II (1984). O cidadão era suspeito de matar alguém, porém o cadáver não era localizado. Ele foi coagido e confessou onde estava o cadáver, que foi apreendido (prova ilícita por derivação). No entanto, no caso concreto, duzentos voluntários da cidade já estavam fazendo uma varredura atrás do cadáver. A Suprema Corte então decidiu: Realmente o cadáver foi descoberto por meio ilícito, porém na situação concreta, como os 200 moradores já estavam nas imediações do cadáver, a descoberta seria inevitável, portanto, a apreensão do cadáver foi lícita.

Cuidado: Não é possível se valer dessa teoria com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos que demonstrem que a descoberta seria inevitável.

Segundo Renato Brasileiro, “se restar demonstrado que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida”.

O STJ (HC 52.995) foi o primeiro Tribunal Superior a adotar a Limitação da Descoberta Inevitável. O STF possui alguns precedentes (HC 91.867) adotando a referida teoria.

STJ: “(...) A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. (...) Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza. A segunda consideração, não menos importante, é que o

extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. Ordem denegada” (STJ, 6ª Turma, HC 52.995/AL, Rel. Min. Og Fernandes, Dje 04/10/2010)

Para muitos doutrinadores, essa teoria teria sido adotada pelo legislador no art. 157, §2º, in verbis:

Art. 157, § 2º Considera-se fonte independente (descoberta inevitável) 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.*

*Não confundir com a teoria da fonte independente vista acima!!! Com efeito, quando o referido dispositivo faz menção à fonte independente, quis, na verdade, trazer o conceito da limitação da descoberta inevitável.

Alguns doutrinadores (posição minoritária) afirmam que a adoção desta teoria pelo Brasil seria inconstitucional, pois estaria limitando por demais a vedação da prova ilícita constante da CF.

1.6.3. Limitação da mancha purgada

Como todas as demais, essa teoria também tem origem no Direito Americano (Teoria dos Vícios Sanados ou da Tinta Diluída ou da Mancha Purgada – **“*purge taint limitation*”** ou **“*attenuated connection limitation*”**).

Essa teoria foi adotada no caso *Wong Sun v. United States* (1963). Nesse caso, policiais da 'delegacia de entorpecentes' entraram num domicílio sem 'causa provável' (indícios probatórios necessários para tal) e prenderam ilegalmente 'A', o qual, quase imediatamente depois, acusou 'B' de ter vendido a droga. Os policiais, em seguida, prenderam ilegalmente 'B', o qual, por sua vez, implicou 'C', que também foi preso ilegalmente. Vários dias mais tarde, depois de 'C' ter sido libertado, 'C' voluntariamente confessou oralmente aos policiais da delegacia de entorpecentes, durante seu interrogatório policial. A Suprema Corte excluiu a apreensão da droga encontrada com 'B' e as declarações de 'B' por terem sido 'frutos' da entrada ilegal na sua casa e da sua prisão ilegal. Entretanto, rejeitou que a confissão de 'C' fosse fruto da sua prisão ilegal, pois, embora 'C' pudesse nunca ter confessado se ele jamais tivesse sido preso ilegalmente, sua ação voluntária de confessar, depois de ter sido solto e alertado de seus direitos, tinha tornado a conexão entre a prisão e a declaração tão atenuada que a 'nódoa' da ilegalidade tinha se dissipado.

Em suma, ocorre quando um ato posterior, totalmente independente, afasta a ilicitude originária. O vício da ilicitude originária é atenuado em virtude do espaço temporal decorrido entre a prova primária e a secundária, ou por conta de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal.

Segundo Renato Brasileiro, “*não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o nexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal. Nesse caso, apesar de já ter havido a contaminação de um determinado meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada*”

NÃO HÁ julgados no STF adotando essa teoria no Brasil. No entanto, alguns doutrinadores (Andrei Borges de Mendonça e Guilherme Madeira) entendem que essa teoria, também, foi colocada no art. 157, §1º, *in verbis*:

Art. 157, § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (prova ilícita por derivação), salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras (teoria da tinta diluída), ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (teoria da fonte independente).

Por fim, salienta-se que o STJ, na AP 856, fez menção. Observe:

EMENTA: “AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR. PARÂMETRO DE VALIDADE. ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO. ORDEM PÚBLICA, SOBERANIA NACIONAL E BONS COSTUMES. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. EXCEÇÕES. **TEORIA DA MANCHA PURGADA**. NEXO DE CAUSALIDADE. ATENUAÇÃO. PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA. DESMEMBRAMENTO. FORO PREVALENTE. ART. 78 DO CPP. PREJUÍZO CONCRETO. DEFESA. AUSÊNCIA. CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA. APTIDÃO DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONSUNÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO. 1. O propósito da presente fase procedimental é verificar a aptidão da denúncia e a possibilidade de absolvição sumária do acusado, a quem é imputada a suposta prática dos crimes de corrupção passiva circunstanciada (art. 317, § 1º, do CP), por 17 (dezessete vezes), e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98). 2. A provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB. 3. A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB. 4. A teoria dos frutos da árvore envenenada tem sua incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexo causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária. 5. De acordo com a teoria do nexo causal atenuado ou da mancha purgada, i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, entre outros elementos, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária e afastando a inadmissibilidade de referida prova. 6. Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo. 7. A fase investigativa de crimes imputados a autoridades com prerrogativa de foro no STJ, ocorre sob a supervisão desta Corte, a qual deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia. 8. Havendo indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da

conveniência do desmembramento do processo. 9. In casu, embora o juízo de primeiro grau de jurisdição tenha usurpado a competência do STJ ao desmembrar o inquérito, não há prejuízo concreto à defesa do réu, razão pela qual esse vício não é capaz de impedir o recebimento da denúncia. 10. Ocorre a inépcia da denúncia ou queixa quando sua deficiência resultar em prejuízo ao exercício da ampla defesa do acusado, ante a falta de descrição do fato criminoso, da imputação de fatos determinados ou da circunstância de da exposição não resultar logicamente a conclusão. 11. Na hipótese, a denúncia narra que o acusado, funcionário público, teria, em mais de uma oportunidade, recebido vantagens indevidas em razão dos cargos que já ocupou e atualmente ocupa e que teria deixado de praticar atos de ofício e praticado outros com violação de dever funcional, evidenciando de modo suficiente a presença de elementos que permitem o exercício da ampla defesa pelo acusado. 12. Embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem - isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem -, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime, circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção. 13. A verificação da efetiva prática de condutas tendentes a acobertar a origem ilícita de dinheiro, com o propósito de emprestar-lhe a aparência da licitude, é matéria que depende de provas e deve ser objeto da instrução no curso da ação penal. 14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e receber a denúncia em face Robson Riedel Marinho. Ainda, por unanimidade, determinou o afastamento do réu do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Quanto ao período do afastamento, decidiu, por maioria, que o mesmo se dará até o término da instrução da ação penal. Determinou, também, por unanimidade, oficiar ao Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo para que, com urgência, encaminhe os autos do processo que lá tramita ao STJ, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer e Francisco Falcão votaram com a Sra. Ministra Relatora. Vencidos, parcialmente, quanto ao período do afastamento, os Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Sustentou oralmente o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice Procurador-geral da República, e o Dr. Luiz Augusto Sartori de Castro, pelo réu. (STJ - APn 856 / DF 2010/0184720-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), Data do Julgamento: 18/10/2017, Data da Publicação: 06/02/2018, CE - CORTE ESPECIAL)

1.6.4. Teoria do encontro fortuito de provas

A teoria do encontro fortuito ou casual de provas é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas ou serendipidade quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida.

Exemplo: Alguém mantendo um tigre em casa. O IBAMA descobre. Pede-se ao juiz um mandado de busca e apreensão para o tigre. Na hora que a autoridade policial entra na casa começa a abrir gavetas, destruir paredes etc. Nessa diligência a autoridade encontra documentos que comprovam um crime tributário. Pode usar esse documento como prova?

Nesse caso, como a autoridade destrói paredes e abre gavetas, ele está desviando a finalidade de buscar o tigre. Portanto, é prova ilícita. Se fosse o contrário, ou seja, procurando documentos e achasse o tigre por acaso, seria lícito.

A teoria do encontro fortuito de provas não deve ser trabalhada única e exclusivamente para as hipóteses de cumprimento de mandados de busca e apreensão. Sua utilização também se apresenta útil no tocante ao cumprimento de interceptações telefônicas. Isso porque é comum que, no curso de uma interceptação telefônica regularmente autorizada pelo juiz competente para investigar crime punido com pena de reclusão, sejam descobertos elementos probatórios relativos a outros delitos e/ou outros indivíduos. Em tais hipóteses, verificando-se que não houve desvio de finalidade no cumprimento da diligência, dúvidas não temos quanto à validade dos elementos assim obtidos.

O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito.
Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação.
STJ. 6ª Turma. HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014.

Mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia

De acordo com a Lei 8.906/94, com redação dada pela Lei 11.767/08, o mandado de busca e apreensão a ser realizado em escritório de advocacia deve ser ESPECÍFICO e PORMENORIZADO, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo vedada a utilização de documentos e objetos pertencentes a clientes do advogado investigado, salvo se tais clientes também estiverem sendo investigados como partícipes ou coautores do advogado.

Art. 7º São direitos do advogado:

II – a INVIOLABILIDADE de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008)

...

§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008)

§ 7º A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008)

Ou seja, no cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia não se aplica a teoria do encontro fortuito quanto a documentos não referentes ao investigado, pois estariam protegidos pelo sigilo, não fazendo parte do objeto da diligência. Seria, assim, configurado

um desvio de finalidade da diligência, ocasionando a ilicitude das provas.

Imagine, por exemplo, que “A” é advogado. O escritório de “A” foi objeto de uma busca e apreensão porque “A” era suspeito de ter praticado o crime “X”. Durante a busca e apreensão foram apreendidos documentos relacionados com “B” (cliente de “A”) que não era investigado pelo crime “X”. Por conta desses documentos apreendidos, “B” foi denunciado pelo crime “Y”. “B” impetrou habeas corpus no STJ afirmando que a apreensão dos documentos foi ilegal.

O STJ decidiu que a apreensão dos documentos e a instauração da ação penal com base neles foi ilegal. Foram mencionados dois argumentos principais:

- Configura excesso a instauração de investigações ou ações penais com base apenas em elementos recolhidos durante a execução de medidas judiciais cautelares, relativamente a investigados que não eram, inicialmente, objeto da ação policial. Em outras palavras, não se poderia instaurar investigação ou ação penal contra “B” com base apenas nos documentos recolhidos no escritório de advocacia de “A” considerando que “B” não era investigado na busca e apreensão.
- Houve violação ao disposto nos §§ 6º e 7º do art. 7º da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto do Advogado), segundo os quais documentos, mídias e objetos pertencentes a clientes do advogado investigado, bem como demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes, somente poderão ser utilizados caso estes clientes também estejam sendo formalmente investigados como partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra de inviolabilidade. No caso, isso não aconteceu porque “B” não era investigado juntamente com seu advogado “A” pela prática do crime “X”.

Crime achado

Segundo entendimento do STF (HC 129.678), crime achado é a infração penal desconhecida e não investigada até o momento em que se descobre o delito. Em caso concreto apreciado pelo referido órgão, apesar de ter sido autorizada para investigar um crime de tráfico de drogas, a interceptação telefônica acabou por revelar a prática de um delito de homicídio. Nesse caso, presentes os requisitos constitucionais e legais, a prova deve ser considerada lícita.

2. ÔNUS DA PROVA

2.1. CONCEITO

Entende-se por ônus a representação imperativa do próprio interesse, resultando de seu descumprimento uma situação de desvantagem. Ou seja, o indivíduo pode praticar determinado ato, não é obrigado, mas caso decida não praticar irá experimentar uma desvantagem.

Por exemplo, o recurso representa um ônus, já que a parte possui a faculdade de recorrer ou não.

Ônus da prova é o encargo que recai sobre a parte de provar a veracidade do fato por ela alegado, resultando de sua inatividade uma situação de desvantagem perante o Direito. O que se prova na verdade é a afirmativa, porque o fato em si não tem como ser provado.

2.2. ESPÉCIES

2.2.1. Ônus da prova subjetivo

Deve ser compreendido como encargo que recai sobre as partes de buscar as fontes de prova capazes de comprovar suas afirmações, introduzindo-as no processo através dos meios de prova legalmente admissíveis.

2.2.2. Ônus da prova objetivo e subjetivo

Funciona como regra de julgamento destinada ao juiz, acerca do conteúdo da sentença que deve proferir caso não tenha sido provada a verdade de uma afirmação feita no processo.

“*Non liquet*”: o juiz não julga, pois não sabe como decidir. Para evitar o *non liquet*, serve o ônus da prova objetivo (regra de julgamento).

No Brasil, a regra de julgamento é o *in dubio pro reo* (desdobramento do princípio da presunção de inocência).

2.3. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Há duas correntes que tratam sobre a distribuição do ônus da prova no Processo Penal, vejamos:

1ª C (minoritária) – o acusado não possui nenhum ônus da prova do Processo Penal, uma vez que a CF consagra o princípio da presunção de inocência. Desta forma, o ônus da prova recai, integralmente, sobre a acusação.

2ª C (majoritária) – é possível haver distribuição do ônus da prova. Portanto, haverá ônus da prova para acusação e para a defesa. Traz para o Processo Penal, embora com certas dificuldades, a distribuição prevista no art. 373, I e II, do CPC).

	ÔNUS DA ACUSAÇÃO	ÔNUS DA DEFESA
Precisa provar	Existência de fato típico ¹ Autoria/Participação Nexo causal Dolo/Culpa (alguns defendem que seriam presumidos) ²	Causas excludentes de ilicitude Causas excludentes de culpabilidade Causas extintivas de punibilidade Álibi ³
Grau de convencimento necessário	Juízo de certeza	Dúvida fundada ⁴

Observações:

1. Pela teoria da *RATIO COGNOSCENDI* (ou indiciariedade) se o fato é típico, presume-se que seja ilícito. Por isso, a acusação só prova a tipicidade, pois quanto ao resto há uma presunção *iuris tantum* da existência. Diante disto, caso provada a tipicidade, mas havendo dúvida no caso da excludente da ilicitude, deveria o juiz condenar, pois a tipicidade é indício da ilicitude, mas não foi esse o entendimento do CPP.
2. Quanto à culpa, a doutrina é pacífica quanto à necessidade de prova da acusação. Já no que se refere ao dolo, muitos autores dizem ser presumido, não precisando de prova, ou seja, cabendo à defesa provar sua ausência. No entanto, tal entendimento **não procede**, principalmente em um Estado em que vigora o princípio da presunção de inocência do acusado. A prova do dolo é feita a partir da análise dos elementos objetivos do caso concreto, até porque não é possível provar um elemento intelectual. Devem ser observados os elementos objetivos para chegar à conclusão da existência do dolo.
3. Espécie de prova indireta da defesa.
4. A defesa não precisa produzir um juízo de certeza para lograr êxito em uma absolvição.

nos termos do art. 386 do CPP:

CPP, art. 386: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23 e 26 e §1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”

3. SISTEMA DE AVALIAÇÃO (VALORAÇÃO) DA PROVA

3.1. SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

Também chamado de Sistema da Certeza Moral do Juiz.

Utiliza duas premissas importantes:

- O juiz **é livre** para valorar as provas
- O juiz **não é obrigado a fundamentar** o seu convencimento.

Perceba que como o juiz não é obrigado a fundamentar seu convencimento, nada impede que se utilize de provas que não constem dos autos do processo. Podendo, inclusive, empregar conhecimentos particulares sobre a demanda. Aqui, não há como analisar o caminho percorrido pelo juiz para chegar à sua conclusão.

Em regra, não é adotado no Brasil, salvo em relação aos jurados no Tribunal do Júri.

Obs.: É válido apenas para os jurados. As decisões do Juiz-Presidente devem ser fundamentadas.

3.2. SISTEMA DA VERDADE LEGAL/TARIFÁRIO DE PROVAS/CERTEZA MORAL DO LEGISLADOR

Os meios de prova têm valor probatório fixado em abstrato pelo legislador, cabendo ao juiz fazer tão somente um cálculo aritmético.

Era o Sistema probatório que vigorava no processo inquisitorial (que se opõe ao sistema acusatório adotado pela CF/88). A confissão, por exemplo, tinha valor absoluto, por isso, muitas vezes, utilizava-se a tortura para que o suposto acusado confessasse.

Em regra, não é adotado no Brasil.

Há algumas exceções. Vejamos:

- Prova quanto ao estado das pessoas – está sujeita as restrições estabelecidas na lei civil (certidão de casamento, certidão de óbito, certidão de nascimento).

*Art. 155, Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as **restrições estabelecidas na lei civil.***

CPP, art. 62: No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

*Súmula. 74 STJ: Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu (**menor de 21 anos – atenuante**) requer prova por documento hábil.*

- Crimes que deixam vestígios – o CPP é claro ao afirmar que há necessidade de exame de corpo e delito

3.3. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO OU DA PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ

Obs.: Alguns doutrinadores, sob a ótica do CPC/15, afirmam que o correto é Sistema do Convencimento Motivado e não deve mais ser utilizada a expressão “livre”.

Possui duas características:

- O juiz possui ampla liberdade na valoração da prova, que tem abstratamente o mesmo valor;
- O juiz é obrigado a fundamentar

Em regra, é o sistema adotado pelo Brasil (lembrar das exceções vistas acima).

Encontra-se previsto no art. 96, IX da CF e art. 155 do CPP

CF Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

....

***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;*



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil

Efeitos da adoção do Sistema do Convencimento Motivado pelo ordenamento brasileiro:

- Não existe prova de valor absoluto (ausência de hierarquia).
- Ausência de limitação quanto aos meios de prova – provas inominadas.
- O juiz deve valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para afastá-las (exemplo: mesmo que o juiz não acolha, se ele a afastar, deverá declarar por motivo não é crível). Assim, não basta o direito a produzir a prova, surge o direito de que a prova seja apreciada pelo juiz – contraditório.
- Somente são válidas as provas constantes do processo, conhecimentos privados do juiz não tem validade.

4. TERMINOLOGIA DA PROVA

4.1. FONTES DE PROVA x MEIOS DE PROVA x MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

FONTES DE PROVA	MEIOS DE PROVA	MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA
<p>Derivam do fato delituoso em si, sendo introduzidas no processo através dos meios de prova.</p>	<p>É o instrumento através do qual as fontes de prova são introduzidas no processo.</p> <p>É uma atividade endoprocessual, ou seja, é produzido no interior do processo com a participação do juiz e das partes.</p> <p>Consagra-se, assim, o contraditório e a ampla defesa.</p>	<p>Procedimento extrajudicial que possui como objetivo localizar fontes de prova.</p> <p>Em regra, realizado na fase investigatória.</p> <p>Dividem-se em:</p> <p>ORDINÁRIOS = pode ser utilizado para qualquer delito (busca domiciliar)</p> <p>EXTRAORDINÁRIOS (técnicas especiais de investigação) = utilizado para crimes mais graves. Caracterizam-se pela surpresa e pela dissimulação (Lei 12.850/13).</p>



Por exemplo, um homicídio na rua terá como fonte de prova imagens de câmeras de monitoramento, possíveis testemunhas, arma do crime.	Por exemplo, prova testemunhal da pessoa que presenciou o crime.	Busca domiciliar é colocado como um meio de prova, porém é um meio de obtenção de prova, no caso de obter êxito, por exemplo, em achar uma arma de fogo, a apreensão desta arma, será um meio de prova.
--	--	---

Segundo Renato Brasileiro:

- Fontes de prova: *“derivam do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo, sendo que sua introdução no feito se dá através dos meios de prova”*.
- Meios de prova: *“dizem respeito a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com a participação dialética das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo”*.
- Meios de obtenção de prova: *“referem-se a certos procedimentos, em regra, extraprocessuais, que têm como objetivo precípua a identificação de fontes de prova”*.

4.2. INDÍCIOS

4.2.1. Sinônimo de prova indireta

Inicialmente, é necessário entender o significado de prova direta. Assim, **prova direta** é aquela que permite conhecer o fato por meio de uma única operação inferencial. Cita-se, como exemplo, o homicídio realizado na frente de outra pessoa.

Por outro lado, na **prova indireta** para chegar à determinada conclusão o juiz é obrigado a realizar pelo menos duas operações inferenciais. Por exemplo, gato e rato em uma caixa fechada, só sai o gato, testemunha só vê o gato saindo. Prova-se que saiu apenas o gato de lá, mas não se tem a prova direta que ele comeu o rato, é uma prova indireta, pois o rato não está em nenhum lugar.

CPP, art. 239: Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Indaga-se: é possível condenar alguém com base em indícios (usado como sinônimo de prova indireta)? Sim, desde que se trate de indícios plurais, coerentes e coesos, e não de um único indício isolado.

4.2.2. Sinônimo de prova semiplena

Prova semiplena é uma prova de menor valor persuasivo, não autoriza um juízo de certeza, mas de mera probabilidade.

É considerada relevante quando houver decretação de medidas cautelares (*fumus comissi*



delicti):

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 (juízo de certeza) da existência do crime e indício (prova semiplena) suficiente de autoria.

Indaga-se: é possível condenar alguém com base em uma prova semiplena? Não.

4.3. OBJETO DA PROVA

Trata-se da verdade (ou falsidade) de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo.

PRECISA SER PROVADO

NÃO PRECISA SER PROVADO



- Imputação constante da peça acusatória.

Obs.: Cabe à acusação provar nexo causal, fato típico, autoria, participação, dolo e culpa. Cabendo à defesa provar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos.

- Os costumes devem ser provados. Exemplo: furto praticado durante o repouso noturno, dependerá do lugar onde ocorre

- Vigência de regulamentos e portarias

OBS: se a portaria é complemento de uma norma penal em branco, presume-se que o juiz a conhece. Exemplo: Portaria 344 da ANVISA, complemento da lei de drogas.

- Direito estrangeiro, estadual e municipal, salvo em relação a localidade em que exerce jurisdição

- Fatos notórios

- Fatos axiomáticos ou intuitivos: são evidentes, por exemplo: cocaína causa dependência, não precisa provar

- Fatos inúteis: não interessam à causa.

- Presunções legais: afirmação da lei, de que um fato é existente ou verdadeiro, independentemente de prova. Pode ser:

- Absoluta (*iure et de iure*): não admite prova em contrário. Exemplo: inimputabilidade de menor de 18 anos.
- Relativa (*iuris tantum*): admite prova em contrário. Inverte o ônus da prova



Obs.: O juiz está obrigado a conhecer o direito estadual e municipal APENAS da localidade em que exerce jurisdição.

- Fatos não contestados ou incontroversos

Obs.: Diversamente do que ocorre no Processo Civil, não existe confissão presumida no Processo Penal.

Obs.: a presunção de violência nos crimes sexuais não mais subsiste. O simples fato de manter uma relação sexual com menor de 14 anos configura um elemento do crime de estupro de vulnerável. Nesse sentido:

CPP, art. 197: O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e esta existe compatibilidade ou concordância.

Súmula 593 STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

ATENÇÃO! Em relação ao acusado revel, os fatos NÃO se presumem verdadeiros, tendo em vista a regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência. O único efeito da revelia no Processo Penal é a desnecessidade de intimação do acusado para os demais atos processuais, salvo em se tratando de sentença condenatória ou absolutória imprópria.

4.4. PROVA EMPRESTADA

4.4.1. Conceito

Segundo Renato Brasileiro, “consiste na utilização em um processo de prova que foi produzida em outro, sendo que esse “transporte” da prova é feito por meio de certidão extraída daquele”

4.4.2. Forma

Deve ser feita através de documentos.

4.4.3. Valor probatório

A prova emprestada terá o mesmo valor que possuía no processo de origem.

4.4.4. Requisitos

O contraditório deverá ter sido observado quanto às mesmas partes no processo de origem. Do contrário, é considerada uma prova documental, não tendo o valor de prova emprestada.

Nesse sentido, o art. 372 do CPC/15:

CPC, art. 372: O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo (prova emprestada), atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

A CF, ao tratar sobre interceptação telefônica, afirma que só pode ser utilizada em



investigação criminal ou no curso da instrução criminal. Assim, pelo menos em tese, não é possível interceptação telefônica em processo administrativo e em processo cível. Contudo, é perfeitamente possível ser utilizada em processo cível ou administrativo a título de prova emprestada, eis que o contraditório já foi exercido no processo criminal.

Este é o entendimento do STF, vejamos:

STF: “(...) A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes. Recurso ordinário a que se nega provimento”. (STF, 1ª Turma, RMS 28.774/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/08/2016)

O STJ possui o mesmo entendimento, conforme Súmula 591

Súmula 591 STJ - É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Obs.: O STJ possui julgados em que afirma que é possível a prova emprestada proveniente de ação penal que não participaram as partes. Renato Brasileiro salienta que este entendimento é equivocado, não há como chamar de prova emprestada a prova produzida sem a participação da parte. Seria, em verdade, prova documental.

STJ: “(...) Consolidou-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido da admissibilidade, uma vez observado o devido contraditório, de prova emprestada (PROVA DOCUMENTAL) proveniente de ação penal da qual não participaram as partes do feito para o qual a prova será trasladada”. (STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.471.625/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 10/06/2015).

4.5. PROVA NOMINADA x PROVA INOMINADA

PROVA NOMINADA	PROVA INOMINADA
É a prova prevista em lei, pouco importando se o procedimento está previsto em lei.	É a prova que não possui previsão legal. De acordo com a doutrina, vigora no Processo Penal o princípio da liberdade quanto aos meios de prova. Assim, ainda que o meio de prova não tenha previsão legal, será admitido, desde que não seja uma prova ilícita, imoral e antiética.
Ex.: exame de corpo e delito (art. 158 e seguintes)	Ex.: reconhecimento fotográfico por e-mail (comum nos casos de estupro)

4.6. PROVA TÍPICA x PROVA ATÍPICA

PROVA TÍPICA	PROVA ATÍPICA
--------------	---------------



<p>É prova que possui seu procedimento probatório previsto em lei.</p> <p>Obs.: não confundir com prova nominada.</p>	<p>É a prova que não possui seu procedimento previsto em lei.</p>
<p>Ex.: reconhecimento de pessoas (art. 226 do CPP).</p> <p>Obs.: o reconhecimento é uma prova nominada (previsto em lei) e típica (procedimento probatório previsto em lei).</p>	<p>Ex.: reconstituição do crime e interceptação ambiental.</p> <p>Obs.: é prova nominada (prevista em lei) e atípica (procedimento não está previsto m lei)</p>

4.7. PROVA ANÔMALA x PROVA IRRITUAL



PROVA ANÔMALA	PROVA IRRITUAL
<p>É aquela utilizada para fins diversos daqueles que lhe são próprios, com características de outra prova típica, ou seja, existe meio de prova legalmente previsto para a colheita da prova. Porém, deixa-se de lado esse meio de prova para valer-se de outro.</p> <p>É prova obtida por meios ilegítimos, podendo caracterizar uma nulidade absoluta ou relativa, a depender do caso concreto.</p>	<p>É aquela produzida sem a observância do modelo típico previsto em lei.</p> <p>É prova ilegítima.</p>
<p>Ex.: a testemunha - seu conhecimento deve vir aos autos através de um depoimento prestado em juízo, e não através de uma mera certidão juntada aos autos, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa</p>	<p>Ex.: reconhecimento em juízo que não segue o procedimento descrito no art. 226 do CPP.</p> <p>Obs.: a jurisprudência da pouca importância para o procedimento do reconhecimento, admitindo-o, ainda que não seja feito com as formalidades do art. 226.</p>

4.8. CRITÉRIOS DE DECISÃO (STANDARDS PROBATÓRIOS)

É tema trabalhado por Gustavo Badaró.

O juiz, no Processo Penal, é chamado a proferir várias decisões em momentos diversos. Contudo, o seu grau de convencimento não precisa ser o mesmo. Por exemplo, o juízo de certeza na sentença condenatória não é o mesmo ao se decretar uma interceptação telefônica.

Em suma: é o grau de convencimento que se exige do magistrado para a prolação de uma decisão, que irá variar de acordo com a decisão proferida.

5. CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS

A cadeia de custódia foi introduzida pelo Pacote Anticrime. Apesar disso, já vinha sendo enfrentada pelo STJ e era tratada pela Resolução 82/2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública.

5.1. CONCEITO

Trata-se da documentação formal de uma evidência, por exemplo quem apreendeu, quem periciou, como foi acondicionada etc.

O melhor exemplo de quebra de cadeia de custódia foi o de O.J. Simpson, acusado de duplo homicídio doloso, tudo levava a crer que era culpado, mas houve diversas irregularidades na obtenção da prova, o que acarretou a sua absolvição.





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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A cadeia de custódia inicia-se com:

- Preservação do local do crime, a fim de evitar a contaminação;
- Procedimentos policiais, a exemplo do encontro de uma arma de fogo em uma blitz da Polícia Militar;
- Procedimentos periciais, por exemplo ao examinar um computador o perito indica fotos de pedofilia.

5.2. ETAPAS

Encontram-se previstas no art. 158-B do CPP. Vejamos a redação do dispositivo legal:



Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras),



de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

5.3. INOBSERVÂNCIA

Em relação a consequência pela quebra da cadeia de custódia, há duas correntes:

1ª C – a consequência é a ilicitude da prova, com a sua exclusão, assim como das demais provas dela derivadas. É causa de nulidade. O STJ já adotou essa corrente (HC 160.662) e (Resp. 1.795.341).

2ª C - a quebra da cadeia de custódia não leva, obrigatoriamente, à ilicitude ou à ilegitimidade da prova, devendo ser analisado o caso concreto. Atual entendimento do STJ.

As irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. STJ. 6ª Turma. HC 653.515-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. Acd. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 23/11/2021 (Info 720).

5.4. DEMAIS DISPOSITIVOS

A seguir colacionamos os demais artigos que tratam sobre a cadeia de custódia, a simples leitura é suficiente para sua prova.

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)



§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)



Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária



determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

PROVAS EM ESPÉCIE

1. CONSIDERAÇÕES

Aqui, não abordaremos todas as provas em espécies, mas apenas as mais recorrentes em concurso público, quais sejam: exame de corpo de delito e outras perícias; interrogatório judicial, confissão e busca e apreensão.

Em relação às demais, a simples leitura do Código de Processo Penal é suficiente.

2. EXAME DE CORPO DE DELITO E OUTRAS PERÍCIAS

2.1. PREVISÃO LEGAL

Previsto no art. 158 do CPP, observe:

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: (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

I - violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

Perceba que o legislador, no art. 158 do CPP, parece ter adotado o sistema tarifário de provas, pois deixou claro que, quando o delito deixar vestígios, nenhum outro meio de prova poderá ser usado, se não o exame de corpo de delito.

2.2. CONCEITOS

2.2.1. Corpo de delito

Segundo Renato Brasileiro, trata-se do “conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal. A expressão “corpo de delito” não necessariamente significa o corpo de uma pessoa, mas sim os vestígios deixados pelo crime, ou seja, diz respeito à materialidade da infração penal.”

2.2.2. Exame de corpo de delito

Trata-se de uma análise feita por pessoas com conhecimentos técnicos ou científicos



(peritos) sobre os vestígios deixados pela infração penal, seja para fins de comprovação da materialidade do crime, seja para fins de comprovação da autoria (espectrograma da voz).

Salienta-se que, em razão da adoção do sistema do livre convencimento motivado, todos os meios de prova têm valor relativo. Portanto, o exame de corpo de delito não é uma prova com valor probatório absoluto ou superior às demais.

Além disso, a competência para determinar a realização do exame de corpo de delito será:

- Do juiz
- Do delegado
- Do Ministério Público (poder de investigação)

Obs.: em relação ao incidente de insanidade mental, a competência é exclusiva do juiz.

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.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao JUIZ competente.

2.2.3. Laudo de exame de corpo de delito

Trata-se da peça técnica elaborada pelos peritos por ocasião da realização do exame pericial.

2.3. MOMENTO PARA JUNTADA DO LAUDO PERICIAL

Em regra, o laudo pericial não condição de procedibilidade. Ou seja, é possível juntar o laudo pericial durante o processo, não é necessário que seja fornecido com a denúncia.

Há, contudo, algumas exceções, quais sejam:

- Crimes previstos na Lei de Drogas

*Lei 11.343/06, art. 50, § 1º: Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo (**preliminar**) de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea*

- Crimes contra propriedade imaterial

*CPP, art. 525: “No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial (**condição de procedibilidade**) dos objetos que constituam o corpo de delito”*

Perceba que, nos casos acima, o laudo pericial assume a condição de procedibilidade. Desta forma, não é possível oferecer a denúncia sem a sua presença. Caso contrário, a denúncia ou queixa será rejeitada com base no artigo 395, II, do CPP (ausência das condições da ação).

Salienta-se que não há, de forma explícita, na lei o prazo para que o laudo pericial seja juntado ao processo. De acordo com Renato Brasileiro, o prazo será 10 dias antes da audiência de instrução, tal conclusão é extraída pela doutrina dos seguintes dispositivos:



CPP, 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 [quanto ao laudo pericial], às



acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

CPP, art. 159, § 5º: Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I - requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

2.4. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE CORPO DE DELITO

INFRAÇÕES TRANSEUNTES OU DELITOS DE FATOS TRANSEUNTES	INFRAÇÕES NÃO TRANSEUNTES OU DELITOS DE FATOS PERMANENTES
São as infrações penais que não deixam vestígios.	São as infrações penais que deixam vestígios.
Não é necessário realizar exame de corpo de delito, uma vez que não seria possível sua realização.	É necessária a realização do exame de corpo de delito.

2.5. EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO E INDIRETO

DIRETO	INDIRETO
---------------	-----------------



É aquele realizado DIRETAMENTE pelo perito oficial (ou por dois peritos não oficiais) sobre o corpo de delito (riqueza de detalhes e força de convencimento para o juiz).

1ªC: Quando os vestígios desaparecerem, a prova testemunhal ou documental poderá suprir a ausência do exame pericial. **Prevalece na jurisprudência** (sendo assim, não será um exame, será uma prova testemunhal, comprovará a materialidade a partir das testemunhas).

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

2ª C: seria um exame pericial, porém feito por peritos a partir da análise de documentos ou do depoimento das testemunhas (mais correta na visão do professor).

2.6. PERITOS

2.6.1. Conceito

Trata-se de um auxiliar do juízo (por isso, deve ser imparcial), dotado de conhecimentos técnicos ou científicos sobre determinada área do conhecimento humano, que tem a função estatal de realizar exames periciais, fornecendo dados capazes de auxiliar o magistrado por ocasião da sentença.

2.6.2. Espécies

Há duas espécies de perito, vejamos:

- Oficial – é um funcionário público com atribuição para realizar perícias. Em regra, basta apenas um perito oficial para realização do laudo pericial.

Tratando-se de perícia complexa (aquela que envolve mais de uma área do conhecimento humano), poderá haver a designação de mais de um perito oficial.

- Não oficial – trata-se de pessoa que possui conhecimento da área, devendo ser portador de diploma de curso superior. Quando o exame for realizado por perito não oficial exige-se duas pessoas.

Policial poderá ser perito não oficial, a exemplo da perícia realizada em arma de fogo, a fim de atestar o seu funcionamento.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.



2.7. ASSISTENTE TÉCNICO

Trata-se de um auxiliar das partes, que tem conhecimento técnico sobre determinada área do conhecimento humano.

PERITO	ASSISTENTE TÉCNICO
Auxiliar do Juízo (imparcial)	Auxiliar das partes (parcial)
Atua na fase investigativa ou processual	Atua na fase processual (art. 159, §5º, II) <i>Art. 159. § 5º <u>Durante o curso do processo judicial</u>, é permitido às partes, quanto à perícia: (...) II – <u>Indicar assistentes técnicos</u> que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.</i>



	<p>Obs.: Alguns doutrinadores, sustentam que a habilitação do assistente poderia ocorrer na fase de inquérito. Não prevalece.</p> <p>Contudo, o Pacote Anticrime passou a prever que o juiz das garantias poderá deferir a admissão do assistente técnico (art. 3º- B – eficácia ainda suspensa). Como o juiz das garantias atua apenas na fase investigatória, pode-se afirmar que, implicitamente, o legislador passou a admitir a atuação do assistente na fase de inquérito.</p>
<p>Sujeito a causas de IMPEDIMENTO e SUSPEIÇÃO, nos termos do art. 280 do CPP.</p> <p><i>Art. 280. É extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição dos juízes.</i></p>	<p>Não está sujeito às causas de suspeição e impedimento</p>
<p>Funcionário público para fins penais (inclusive o perito não oficial).</p> <p><i>Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.</i></p>	<p>Não é considerado funcionário público</p>
<p>Responde por falsa perícia</p> <p><i>Art. 342. 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.</i></p>	<p>NÃO responde por falsa perícia. A depender do caso concreto, PODE responder pelo crime de falsidade ideológica</p>

2.8. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

Atenção para a Súmula 574 do STJ:

Súmula 574-STJ: Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem.

Nos crimes contra a propriedade imaterial o exame poderá ser feito por amostragem, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados.

2.9. PRIORIDADE EM CERTOS CRIMES

A Lei nº 13.721/2018 acrescentou o parágrafo único ao art. 158 do CPP afirmando que



deverá ser dada prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

- Violência doméstica e familiar contra mulher;
- Violência contra criança ou adolescente
- Violência contra idoso ou
- Violência contra pessoa com deficiência.

Veja o dispositivo que foi inserido:

Art. 158. (...)

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.

Segundo Renato Brasileiro, trata-se de mais uma lei que visa atender interesses eleitorais do que fins práticos, tendo em vista que não estabelece qual seria a prioridade e nem sanções para os casos de descumprimento.

Por fim, salienta-se que o STF (ADI 6039) passou a entender que a realização de exames periciais em vítimas de crimes sexuais do sexo feminino deve ser feita por uma mulher.

Aos olhos do Supremo Tribunal Federal, na mesma linha do que prescreve o art. 249 do CPP2 , segundo o qual a busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência, crianças e adolescentes do sexo feminino vítimas de crimes sexuais devem ser, obrigatoriamente, examinadas por legista mulher, desde que isso não importe retardamento ou prejuízo da diligência. Ora, conquanto seja salutar que o exame seja feito prioritariamente por legista do sexo feminino, o fato de impedir ou retardar a realização de exame por médico do sexo masculino

impedir da retardada realização de exame por meios de sexo masculino. Adicionalmente, por ter sido a mãe dos assistidos do duplo registro, a mãe que de seu lado, sob os fatos art. 39 da Convenção sobre os Direitos das Crianças e de N.º 1.º do princípio da igualdade de sexo, se afirma a não existência de qualquer discriminação por motivo de sexo, não só a mãe, mas também o pai, a quem se atribui a paternidade, visto que ambos se casaram e tiveram a família, que chegou a produzir vários filhos, e a ambos afirmativas qualidades de pais, presentes, amorosos, presentes, e a ambos a paternidade, o que, a despeito de não se ter a paternidade imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2o Na segunda parte será perguntado sobre:

3. INTERROGATÓRIO JUDICIAL

JUDICIAL - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que

3.1. CONCEITO

É o ato processual pelo qual o juiz ouve o acusado sobre sua pessoa (importante para as circunstâncias judiciais – art. 59 do CP) e sobre a imputação que lhe é feita;

nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados pela pessoa presa (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Perceba que é um ato composto de duas partes.

CPP, art. 318: Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei n. 13.257/16);

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos" (Incluído pela Lei n. 13.257/16).



3.2. NATUREZA JURÍDICA

Há três correntes acerca da natureza jurídica do interrogatório judicial. Vejamos:

1ª C – Trata-se de um meio de prova, tendo em vista que o art. 187 do CPP está localizado no Capítulo dos Meios de Prova.

2ª C – Trata-se de um **meio de defesa**, eis que o acusado possui o direito de audiência (desdobramento da ampla defesa – autodefesa), bem como possui direito ao silêncio. É a corrente majoritária.

Com o advento da Lei 11.719/08, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução, o que acaba reforçando sua natureza de meio de defesa.

3ª C – Trata-se de um meio de defesa e de uma fonte de prova.

3.3. MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO JUDICIAL NO PROCEDIMENTO COMUM E NO PROCEDIMENTO DO JÚRI

Antes de 2008, o interrogatório era o primeiro ato da instrução.

Com o advento da Lei 11.719/08, o interrogatório passou a ser o último ato da audiência, nos termos do art. 400 do CPP (procedimento comum), 411 do CPP (primeira fase do júri) e 472 do CPP (fase do plenário no júri).

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.

Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

Algumas leis especiais colocam o interrogatório, ainda, como o primeiro ato da instrução, a exemplo da Lei de Drogas, do CPM, da Lei 8.038/90 e da Antiga Lei de Licitações. Inicialmente, em razão do princípio da especialidade, tais leis continuaram válidas.

O STF, após a AP 528, passou a entender que não haveria lógica fazer o interrogatório no início da instrução no procedimento originário, passando a adotar a mesma sistemática do art. 400 do CPP. Em 2016, o STF entendeu que a nova sistemática do art. 400 do CPP deveria ser adotada para todos os procedimentos especiais, ainda que estivesse em norma penal expressa. Destaca-se que os interrogatórios anteriores não foram anulados, a decisão passou a valer a partir da



publicação da ata de julgamento (10 de março de 2016).

Notícia: STF decide que interrogatório ao final da instrução criminal se aplica a processos militares: por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que se aplica ao processo penal militar a exigência de realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP). Na sessão desta quinta-feira (3), os ministros negaram o pedido no caso concreto – Habeas Corpus (HC) 127900 – tendo em vista o princípio da segurança jurídica. No entanto, fixaram a orientação no sentido de que, a partir da publicação da ata do julgamento [10.03.2016], seja aplicável a regra do CPP às instruções não encerradas nos processos de natureza penal militar e eleitoral e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial.

3.4. CONDUÇÃO COERCITIVA

3.4.1. Conceito

Trata-se de uma medida cautelar pessoal, diversa da prisão, em que há a condução de determinada pessoa contra a sua vontade para prática de um ato que depende da sua presença

3.4.2. Competência

Apesar de o STF possui um julgado no sentido de que o delegado poderia determinar a condução coercitiva, o ideal é entender que apenas o juiz poderá determinar, sendo medida sujeita a reserva de jurisdição.

3.4.3. Finalidade

A condução coercitiva visa:

- Interrogatório
- Reconhecimento de pessoa
- Identificação

3.4.4. Inconstitucionalidade da condução coercitiva para interrogatório

Salienta-se que o STF, na ADPF 395/DF, firmou entendimento de que não é válida a condução coercitiva do investigado ou do réu para interrogatório no âmbito da investigação ou da ação penal.

O CPP, ao tratar sobre a condução coercitiva, prevê o seguinte:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

O STF declarou que a expressão “para o interrogatório” prevista no art. 260 do CPP não foi recepcionada pela Constituição Federal, tendo em vista o princípio do nemo tenetur se detegere (ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo), o acusado possui direito ao silêncio. Assim, caso seja determinada a condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tal conduta poderá ensejar:



- a responsabilidade disciplinar e civil do agente ou da autoridade
- a ilicitude das provas obtidas
- a responsabilidade civil do Estado
- crime de abuso de autoridade previsto no art. 10.

Portanto, manifestamente descabida será a condução do investigado para fins de interrogatório. Como a decisão do STF possui efeito vinculante não se aplica o art. 1º, §2º da Lei 13.869/2019.

3.5. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO

Conforme visto, o interrogatório judicial é um meio de defesa. Portanto, para o acusado é um ato facultativo, escolhendo se quer ou não ser interrogado.

Quando o acusado manifesta o interesse de ser interrogado e há ausência, haverá nulidade absoluta, em razão da violação da ampla defesa.

3.6. CARACTERÍSTICAS DO INTERROGATÓRIO

3.6.1. Ato personalíssimo

Ninguém pode prestar depoimento em substituição ao acusado.

Quanto à pessoa jurídica, o interrogatório se dá na pessoa de seu representante legal.

3.6.2. Ato contraditório

juiz.

Antes da lei 10.792/03, não era obrigatória a presença das partes. Era um ato privativo do

Como prova marcante da contraditoriedade que vige no atual interrogatório judicial, pode-se citar o art. 188 do CPP, *in verbis*:

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Ou seja, podem as partes se manifestarem sobre o depoimento, fazendo reperguntas, se necessário.

Também vale lembrar que assiste ao advogado do corréu o direito de formular perguntas aos demais acusados, sobretudo quando houver delação premiada (STF HC 94.016). Nesse caso, o STF anulou o julgamento, pois o advogado não teve o direito de perguntar.

3.6.3. Assistido tecnicamente

É obrigatória a presença do advogado.

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.



Além de obrigatória a presença do defensor, o acusado também tem o direito de entrevista prévia e reservada com o defensor (constituído ou nomeado), antes do início do interrogatório.

Art. 185, § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

3.6.4. Ato público

Em regra, deve-se atentar para a publicidade ampla.

O acusado preso deve ser interrogado, em tese, dentro do presídio, assegurando a publicidade, de forma restrita por razões de segurança.

Art. 185, § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

Na prática isso não acontece. O interrogatório acaba acontecendo no fórum, mediante escolha ou por videoconferência.

3.6.5. Ato oral

Pelo menos, em regra, as perguntas são respondidas oralmente.

Quando ao surdo-mudo, o art. 192 do CPP assim dispõe:

Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

3.6.6. Ato individual

Um corréu não pode estar presente ao interrogatório do outro. Cada um é ouvido separadamente, somente os advogados podem estar presentes, nos termos do art. 191 do CPP:

Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados SEPARADAMENTE.

Fundamento: preservar uma futura acareação. Pelo mesmo fundamento as testemunhas também são ouvidas separadamente.

STF: "(...) Possibilidade de os interrogatórios de corréus serem realizados separadamente, em cumprimento ao que dispõe o art. 191 do Código de



Processo Penal. Precedente. O fato de o paciente advogar em causa própria não é suficiente para afastar essa regra, pois, além de inexistir razão jurídica para haver essa distinção entre acusados, a questão pode ser facilmente resolvida com a constituição de outro causídico para acompanhar especificamente o interrogatório do réu. Assim, e considerando que a postulação é para que se renove o interrogatório com a presença do acusado na sala de audiências, não há falar em ilegalidade do ato ou cerceamento de defesa. (...) Ordem denegada”. (STF, 2ª Turma, HC 101.021/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 20/05/2014).

3.7. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA

A Lei Estadual 11.819/05, do Estado de SP, regulamentou o interrogatório por videoconferência. O STF entendeu que a referida lei era formalmente inconstitucional, uma vez que tratava de Direito Processual Penal, portanto, a competência para a regulamentação seria da União e não dos Estados.

STF: “(...) Interrogatório do réu. Videoconferência. Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal. A Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Habeas corpus concedido”. (STF, Tribunal Pleno, HC 90.900/SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 200 22/10/2009).

Diante disso, todos os interrogatórios por videoconferência foram anulados.

Em 2009, editou a Lei 11.900/09 que incluiu o interrogatório por videoconferência ao CPP. Salienta-se que a Lei 11.900/09 não validou os interrogatórios anteriores.

Considerações:

1ª Consideração: Tem caráter excepcional, ou seja, só ocorre em casos específicos;

2ª Consideração: Sua realização depende de decisão fundamentada da autoridade judiciária, devendo as partes serem intimadas com 10 dias de antecedência (art. 185, §3º)



Art. 185, § 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

3ª Consideração: É obrigatória a presença de advogados do réu no presídio e no fórum;

Art. 185, § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.



Apesar de o dispositivo falar em defensor, quando se tratar de réu com condições financeiras, entender-se-á como advogado de defesa e não defensor público.

Além do mais, o ato por videoconferência deve atender a alguma das finalidades previstas, quais sejam (art. 185 §2º):

- * Prevenir risco à segurança pública (réu preso);
- * Viabilizar a participação do acusado no ato processual (aqui pode se referir a réu solto);
- * Para impedir a influência do acusado no ânimo da testemunha ou da vítima.
- * Para responder à gravíssima questão de ordem pública.

Vejamos:

Art. 185, § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

Não pode ser um risco genérico, que é inerente a qualquer transporte de preso. Deve ser demonstrada fundada suspeita no sentido de o réu integrar organização ou que vá fugir.

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

Seja por enfermidade ou qualquer circunstância pessoal que dificulte sua presença na sede do juízo, como localização diversa e longínqua da comarca onde corre a causa.

OBS: Vale lembrar que a videoconferência não serve apenas para interrogatório, mas para garantir a presença do acusado em qualquer ato processual.



III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

4. **CONFISSÃO**

4.1. **PREVISÃO LEGAL**

Prevista nos arts. 197 a 200 do CPP.



Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e esta existe compatibilidade ou concordância.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, ~~mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.~~ (não recepcionado)

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

4.2. CONCEITO

Ocorre a confissão quando o próprio acusado admite a veracidade acerca da imputação, quer perante a autoridade policial quer perante a autoridade judiciária.

que:

Alguns autores afirmam que a confissão é um testemunho duplamente qualificado, uma vez

- Do ponto de vista objetivo, a confissão recai sobre fatos contrários ao interesse de quem confessa.
- Do ponto de vista subjetivo, a confissão provém do próprio acusado e não de terceiros

4.3. VALOR PROBATÓRIO

Antigamente, a confissão possuía valor absoluto, por isso era chamada de “rainha das provas”. Assim, diante da confissão do réu (que muitas vezes acontecia após tortura) sua condenação era imperativa.

Atualmente, qualquer prova tem valor relativo (não existe prova de valor absoluto), e a confissão não se trata de exceção, conforme o art. 197:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá



confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e esta existe compatibilidade ou concordância.

Vale lembrar que é pacífica na jurisprudência a impossibilidade de condenação baseada SOMENTE em confissão, sem que seja confrontada com outros meios de prova que a confirmem ou contraditem.



Súmula 545 - Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal

4.4. ESPÉCIES DE CONFISSÃO

4.4.1. Confissão extrajudicial

É a confissão feita fora do processo e sem observância do contraditório e da ampla defesa.

Qual o valor dessa confissão (em geral no APF)? A doutrina entende que a confissão extrajudicial não tem valor probatório; já a jurisprudência, admite sua utilização subsidiária (art. 155).

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.

4.4.2. Confissão judicial

É feita no curso do processo penal, perante a autoridade judiciária.

Seu valor probatório é maior do que o da confissão extrajudicial, pois o acusado está perante o juiz, assistido por um advogado e confrontado pela acusação.

Possui duas espécies, quais sejam:

- Própria – feita perante a autoridade judiciária competente;
- Imprópria – feita perante a autoridade judiciária incompetente.

4.4.3. Confissão explícita

Ocorre quando é feita de maneira clara e inequívoca.

4.4.4. Confissão implícita

Ocorre quando o acusado pagar a indenização, por exemplo.

Não tem valor probatório, não sendo admitida no processo penal.

No entanto, no JECRIM a composição civil dá ensejo à renúncia ao direito de queixa ou representação da vítima.

4.4.5. Confissão simples

O acusado confessa a prática do delito sem invocar qualquer tese de defesa.

4.4.6. Confissão qualificada

O acusado confessa a prática do delito, mas opõe algum fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito de punir. Exemplo: excludente da ilicitude ou culpabilidade.

4.4.7. Confissão ficta ou presumida



NÃO EXISTE confissão ficta no processo penal, como no processo civil, decorrente da revelia. Tal presunção não ocorre, pois vige no processo penal o *nemo tenetur se detegere* (direito ao silêncio).

E revelia existe? Depende, conforme os Arts. 366 e 367.

Se o acusado for **citado por edital** e não comparecer e nem constituir advogado, ficam suspensos o processo e o prazo prescricional, não ocorrendo a revelia (art. 366).

*Art. 366. 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.*

Todavia se o acusado foi **citado ou intimado pessoalmente** e não compareceu, será decretada sua REVELIA (art. 367).

*Art. 367. O processo seguirá **sem a presença** do acusado que, **citado ou intimado PESSOALMENTE** para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.*

Ou seja, à revelia no processo penal não produz a confissão ficta e tem como único efeito prático a desnecessidade de intimação do acusado para prática dos atos processuais, salvo em relação à sentença condenatória, da qual deve ser cientificado.

4.4.8. Confissão delatória

Também é conhecida como CHAMAMENTO DE CORRÉU ou DELAÇÃO PREMIADA.

Materialização da delação premiada: Na prática (de lege ferenda) vem sendo lavrado um acordo sigiloso entre a acusação e a defesa (quase um contrato), a ser submetido à homologação do juiz.

Valor probatório da delação premiada: Para a jurisprudência do STF, uma delação premiada, por si só, não é fundamento idôneo para a condenação, devendo estar respaldada por outros elementos probatórios.

4.5. CARACTERÍSTICAS DA CONFISSÃO

4.5.1. Ato personalíssimo

Não se pode transmitir o poder de confessar, apenas o acusado pode confessar.

Vale lembrar que o art. 198 não foi recepcionado pela CF, pois viola o direito ao silêncio.

4.5.2. Ato livre e espontâneo

O acusado possui direito ao silêncio, irá optar por confessar ou não o ato criminoso.

4.5.3. Ato retratável

Acusado pode se retratar da confissão a qualquer momento, no todo ou em parte (art. 200).



Art. 200. A confissão será divisível e RETRATÁVEL, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

4.5.4. Ato divisível

O acusado pode confessar um delito e negar outros. O juiz pode considerar verdadeira apenas uma parte da confissão, não valorando a parte que considerar inverossímil.

Exemplo: Juiz aceita a confissão do ato, mas repudia a alegação de fato impeditivo (excludente de culpabilidade).

5. PROVA TESTEMUNHAL

5.1. CONCEITO DE TESTEMUNHA

Toda pessoa humana capaz de depor e estranha ao processo, chamada a se manifestar sobre fato percebido por seus sentidos e relativos à causa.

Quem pode ser testemunha? QUALQUER pessoa física pode ser testemunha, conforme art. 202 do CPP:

Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

5.2. DEVERES DA TESTEMUNHA

5.2.1. Dever de depor

Em regra, toda pessoa possui a obrigação de depor. Percebe-se que a testemunha, ao contrário do acusado, não tem direito ao silêncio, com exceção das hipóteses em que sua manifestação puder lhe incriminar (*ne nemo tenetur se detegere*).

No entanto, aqui também existem exceções ao dever de depor. Vejamos:

- 1) O art. 206 enumera alguns parentes do acusado que podem se recusar a prestação de depoimento, salvo quando não existir outros meios de comprovar o fato probando. Estão incluídos neste rol o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado (art. 206)



Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

- 2) Conforme o art. 207 do CPP, 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. São exemplos o advogado, o



padre, o psicólogo, o médico etc.

Art. 207. 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.

Em alguns casos, mesmo sendo desobrigada pela parte interessada, a pessoa está proibida de depor. O advogado, mesmo desobrigado pela parte interessada, está proibido de depor (art. 7º, inc. XIX, da Lei 8.906/94).

EOAB Art. 7º São direitos do advogado:

XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

5.2.2. Dever de comparecimento

Uma vez intimada, a testemunha é obrigada a comparecer (na mesma comarca em que reside), sob a pena de não o fazendo ser conduzida coercitivamente.

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

Em alguns casos, no entanto, o dever de comparecimento é mitigado. São eles:

- 1) Pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou velhice, serão inquiridas onde estiverem (art. 220);



Art. 220. As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem.

- 2) Pessoas enumeradas no art. 221 serão inquiridas em dia, hora e local previamente ajustados entre elas e o juiz. Integram esse rol o Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos



Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, do Tribunal Marítimo, bem como os membros do Ministério Público.

Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

STF (AP n. 421 - QO) entendeu que a prerrogativa deve ser observada, mas não significa que o juiz tenha que ficar indefinidamente aguardando a boa vontade das autoridades listadas.

Além disso, o art. 221 está inserido no Capítulo que disciplina a prova testemunhal. Portanto, o dispositivo não se aplica às hipóteses em que essas autoridades figurarem como acusadas no processo.

- 3) Pessoas residentes em comarcas diversas da que se desenvolva o processo (testemunhas de fora da terra), caso no qual poderá ser inquirida pelo juiz de sua comarca, mediante CARTA PRECATÓRIA, ou pelo meio de VIDEOCONFERÊNCIA.

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

É indispensável a intimação quanto a expedição da carta precatória, sob pena de nulidade relativa. Porém, cabe a parte diligenciar junto ao juízo deprecado para saber a data da oitiva no juízo deprecado (Súmula 155 do STF e Súmula 273 do STJ).

STF, SÚMULA 155 - é relativa à nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.

STJ, Súmula 273 - Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.

Aqui, entra, também, a CARTA ROGATÓRIA

CPP, art. 222-A: As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.

Parágrafo único. Aplica-se às cartas rogatórias o disposto nos §§1º e 2º do art. 222 deste Código.



O artigo 222-A foi introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei 11.900/09. Na AP. 470 – QO 4 o Supremo entendeu que o dispositivo seria plenamente constitucional em razão da boa-fé.

5.2.3. Dever de prestar o compromisso de dizer a verdade

Toda testemunha tem o dever de prestar o compromisso de dizer a verdade (art. 203 do CPP).

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

As exceções são:

a) Parentes próximos do réu (art. 206 do CPP c/c 208);

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 208. 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.

b) Menor de 14 anos;

c) Deficientes mentais (art. 208 do CPP).

As testemunhas do art. 207 prestam o compromisso.

Art. 207. 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.

A ausência do compromisso não dá à testemunha o direito de mentir (como visto, há quem diga que é permitida a “mentira defensiva”).

A testemunha tem o dever de dizer a verdade, sob pena de responder por falso testemunho. O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade (art. 342 do CP).

CP Art. 342. 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:

Pena - reclusão, de 2 a 4 anos, e multa.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

A doutrina costuma chamar as testemunhas não compromissadas de INFORMANTES.



Há divergência quanto à possibilidade das testemunhas não compromissadas responderem processo por falso testemunho.

A testemunha que não presta compromisso, chamada de informante, pode praticar o delito do art. 342 CP?

1ªC: Toda testemunha, compromissada ou não pode ser sujeito ativo do crime do art. 342, a lei não diferencia, logo não cabe ao intérprete fazê-lo. Não bastasse, a testemunha não compromissada, pode servir como argumento de condenação ou absolvição. Quem falou que o juiz não pode utilizar o testemunho de um informante para basear seu julgamento? Em outras palavras: qualquer testemunha poderá praticar o crime do art. 342 do CP, pois este tipo penal não traz o compromisso de dizer a verdade como uma elementar do crime de falso testemunho.

2ªC: Se a lei não submete a testemunha informante ao compromisso de dizer a verdade, não podem cometer o ilícito do art. 342. Ora, se a própria lei não colhe delas o compromisso de dizer a verdade, a lei não pode cobrar. PREVALECE.

Ao final do depoimento, em se convencendo da existência do crime de falso testemunho (que pode se configurar até mesmo pelo silêncio da testemunha), o juiz remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para instauração de inquérito. Se o fato se der em julgamento perante o tribunal do júri, prevê o art. 211, parágrafo único, que a testemunha deverá ser de imediato apresentada à autoridade policial.

5.2.4. Dever de comunicar alteração de endereço

As testemunhas comunicarão ao juiz, dentro de 1 (um) ano, qualquer mudança de residência, sujeitando-se, pela simples omissão, às penas do não comparecimento (art. 224 do CPP).

Art. 224. As testemunhas comunicarão ao juiz, dentro de um ano, qualquer mudança de residência, sujeitando-se, pela simples omissão, às penas do não comparecimento.

5.3. ESPÉCIES DE TESTEMUNHAS

5.3.1. Testemunhas numerárias

São aquelas computadas para efeito de aferição do número máximo de testemunhas legalmente permitido. São aquelas arroladas pelas partes e que prestam o compromisso legal.

5.3.2. Testemunhas extranumerárias

Não são computadas no número de testemunhas legalmente permitido, podendo ser ouvidas em número ilimitado. São aquelas testemunhas ouvidas por iniciativa do juiz, testemunhas arroladas pelas partes que não prestam compromisso legal e testemunhas que nada sabem dos fatos (art. 209 do CPP).

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.



5.3.3. Testemunhas direta

É aquela que depõe sobre fato que PRESENCIOU ou OUVIU. É a chamada testemunha visual.

5.3.4. Testemunhas indireta

É aquela que depõe sobre fato que OUVIU DIZER (*hear say*).

Possui valor probatório pequeno.

STJ – REsp n. 1.373.356: apesar do Brasil não ter um regramento proibindo as testemunhas indiretas, ao contrário de outros Países, o Superior Tribunal de Justiça concluiu ser intolerável que alguém em juízo se limite tão somente a dizer o que ouviu falar e que isso seja tido como prova robusta para um decreto condenatório.

5.3.5. Testemunhas própria

São as que prestam declarações sobre a infração penal.

5.3.6. Testemunhas imprópria, instrumentária ou fedatária

É aquela que presta declarações sobre a regularidade de um ato do processo ou do inquérito policial, e não sobre a própria infração penal (exemplo: testemunhas de apresentação que são chamadas para presenciar o auto de prisão em flagrante).

Em juízo, se o acusado se recusar a assinar o termo do interrogatório, não há necessidade de testemunhas fedatárias, como ocorre no auto de prisão em flagrante, previsto no art. 304, §§ 2º e 3º, do CPP.

*Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. **Em seguida, procederá à oitiva das***



testemunhas que o acompanharem** e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, **colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§ 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que haja testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

*§ 3º Quando o **ACUSADO** se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante **será assinado por duas testemunhas**, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.*

5.3.7. Informante

São aquelas testemunhas que não prestam o compromisso legal, como por exemplo, o filho ou a mãe do réu, que são chamadas para depor. Art. 206 CPP.

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.



O corréu pode ser testemunha? NÃO.

5.3.8. Testemunhas referida

São aquelas mencionadas (referidas) por outras testemunhas já ouvidas, não entrando no número permitido. Art. 209, §1º CPP.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

5.3.9. Depoimento *ad perpetuam rei memoriam*

É o depoimento previsto no ar. 225 do CPP:

CPP, art. 225: Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

5.3.10. Testemunhas anônima

É aquela cuja qualificação não é informada ao acusado.

De acordo com o STF, não há nenhuma inconstitucionalidade, tendo em vista que visa a preservação da integridade.



5.3.11. Testemunhas ausente

É aquela que não comparece para depor em juízo. Assim, ela pode até já ter sido ouvida durante a fase investigatória, mas por algum motivo não compareceu em juízo para prestar seu depoimento (morreu, está com medo).

5.3.12. Testemunhas remota

É a testemunha ouvida por videoconferência.

5.3.13. Testemunhas vulneráveis e depoimento sem dano

Salienta-se que as não são apenas as pessoas do art. 217-A do CP. Segundo a doutrina, também podem ser incluídas como testemunhas vulneráveis pessoas idosas ou em situações de vulnerabilidade, como a de violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Durante muitos anos as pessoas vulneráveis eram ouvidas sem nenhum cuidado. Para contornar as consequências, como a revitimização, foi construído doutrinariamente o que se chamou de depoimento sem danos. Posteriormente, foi positivado, sendo denominado de depoimento especial.



Lei n. 13.431/17

Art. 7º: Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º: Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Art. 9º: A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

Art. 10: “A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Art. 11: O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

§ 1º: O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:

I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;

II - em caso de violência sexual.

Art. 12: O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

Lei n. 13.505/17

Art. 2º: A Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 10-A, 12-A e 12-B:

‘Art. 10-A: É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados.

§ 1º: A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou



de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:

I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar;

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas;

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

§ 2º: Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida;

II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial;

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a gravação e a mídia integrar o inquérito.

5.4. PROCEDIMENTO PARA A OITIVA DE TESTEMUNHAS

5.4.1. Substituição de testemunha

Não há no CPP nenhum dispositivo que trata sobre o assunto. Ante o silêncio, aplica-se o art. 451 do CPC/15.



CPC, art. 451: Depois de apresentado o rol de que tratam os §§ 4º e 5º do art. 357, a parte só pode substituir a testemunha:

I – que falecer;

Cadernos Sistematizados

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

II – que, por enfermidade, não estiver em condições de depor;

III – que, tendo mudado de residência ou de local de trabalho, não for encontrada.

5.4.2. Desistência da oitiva de testemunha

É perfeitamente possível a desistência da oitiva das testemunhas arroladas, desde que não tenha havido o início do depoimento.

Além disso, não é necessária a concordância da parte contrária para que haja a desistência.



CPP, art. 401: Na instrução poderão ser inquiridas até oito testemunhas arroladas pela acusação e oito pela defesa. (...)

§2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.

CPP, art. 209: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

5.4.3. Contradita e arguição de parcialidade

A contradita objetiva impugnar o depoimento da testemunha em razão de estar ela proibida de depor. Cita-se, como exemplo, a testemunha que é advogado. Nesse caso, ela não será ouvida.

Por outro lado, arguição de parcialidade objetiva arguir circunstâncias capazes de levantar suspeita sobre a parcialidade da testemunha.

Como exemplo temos a testemunha que é amiga de infância do acusado. Nesse caso, a testemunha continuará depondo, não está proibida de depor. Contudo, quando o juiz analisar seu depoimento, terá isso consigo e talvez não dê a ele o mesmo valor se desconhecesse que ambos são amigos de infância.

CPP, art. 214: Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208”

5.4.4. Retirada do acusado da sala de audiências

Como já visto, a autodefesa é composta por:

- Direito de audiência – ser ouvido pelo juiz;
- Direito de presença – acompanhar os atos da instrução probatória
- Capacidade postulatória autônoma – praticar determinados atos processuais mesmo não sendo profissional da advocacia.

Como todo e qualquer direito, o direito de presença não é absoluto. Assim, pelo menos em regra, o acusado possui o direito de estar presente nos atos de instrução probatória. Em determinados casos, sua presença poderá sujeitar a testemunha a um grau de constrangimento, podendo colocar em risco a própria veracidade do seu depoimento, por isso poderá o juiz, em **decisão fundamentada**, determinar a retirada do acusado.

CPP, art. 217: Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)



5.4.5. Método de colheita do depoimento

Antes de 2008, o CPP adotava o sistema presidencialista. O juiz fazia as perguntas primeiro e depois as partes, sempre por intermédio do juiz, poderiam fazer as suas perguntas.

A partir da reforma de 2008, o Código de Processo Penal passou a adotar o sistema direto e cruzado, em que primeiro as perguntas são feitas por aquele que arrolou a testemunha e, após, pela parte contrária, sempre diretamente. O juiz poderá fazer perguntas, mas sempre por último.

Art. 212 do CPP: As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único: Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição” (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Não cabe ao juiz, na audiência de instrução e julgamento de processo penal, iniciar a inquirição de testemunha, cabendo-lhe, apenas, complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos. STF. 1ª Turma. HC 187035/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 6/4/2021 (Info 1012).

No Plenário do Júri o juiz pergunta primeiro, nos termos do art. 473 do CPP.

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. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1º: Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Caso a regra do art. 212 do CPP não seja respeitada, os Tribunais Superiores entendem que haverá uma nulidade relativa. Desta forma, deve-se comprovar o prejuízo, bem como questionar a inobservância de imediato.

STF: “A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. Ordem denegada”. (STF, 1ª Turma, HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03/08/2010, Dje 159 26/08/2010).

Jurisprudência em Teses (Ed. 69): Tese 12: A inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa.



Não é possível anular o processo, por ofensa ao art. 212 do Código de Processo Penal, quando não verificado prejuízo concreto advindo da forma como foi realizada a inquirição das testemunhas, sendo certo que, segundo entendimento consolidado neste Superior Tribunal, o simples advento de sentença condenatória não tem o condão, por si só, de cristalizar o prejuízo indispensável para o reconhecimento da nulidade. STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1493757/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28/04/2020.

A inquirição das testemunhas pelo juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Não havendo demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo estatuto processual, não se procede à anulação do ato. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 578.934/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 02/06/2020.

5.4.6. Inversão da ordem de oitiva de testemunhas

De acordo com o CPP, primeiro são ouvidas as testemunhas de acusação e, posteriormente, as testemunhas da defesa.

CPP, 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.

CPP, art. 222: A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

Destaca-se que havendo expedição de carta precatória é possível que seja invertida a ordem. Fora destes casos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que não é possível haver a inversão. Contudo, havendo inversão a nulidade será relativa, devendo comprovar o prejuízo.

6. BUSCA E APREENSÃO

6.1. DISTINÇÃO ENTRE BUSCA E APREENSÃO

A busca é uma diligência cujo objetivo é encontrar pessoas ou coisas. Por outro lado, apreensão é uma medida de constrição, em que a pessoa ou a coisa será colocada sob a custódia do estado.

6.2. OBJETO

Podem ser objeto tanto pessoas quanto coisas, nos termos do art. 240 do CPP.



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.

Conforme já dito, nenhum sigilo tem natureza absoluta. Assim, é perfeitamente, constitucional apreender cartas dos presos. Nesse sentido:

STF: “(...) A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (...)”. (STF, 1ª Turma, HC 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01º/03/1994, DJ 24/06/1994)

Importante consignar que o STJ (RHC 141737 – Info 694) entende que não existe exigência legal de que o mandado de busca e apreensão detalhe o tipo de documento a ser apreendido, ainda que de natureza sigilosa.

6.3. ESPÉCIES DE BUSCA

6.3.1. Busca pessoal

É toda busca que não for domiciliar, a exemplo da busca realizada em um carro (quando não utilizado como “casa”).

STF: “Havendo fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, como no caso, a busca em veículo, a qual é equiparada à busca pessoal, independe da existência de mandado judicial para a sua realização. Ordem denegada”. (STF, 2ª Turma, RHC 117.767/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11/10/2016).

6.3.2. Busca domiciliar

É a busca feita em “casa”. Veremos abaixo

6.4. BUSCA PESSOAL



6.4.1. Busca pessoal por razões de segurança

Relacionado ao Poder de Polícia. Cita-se, como exemplo, a busca pessoal feita antes de entrar em estádios, em parques, em festas (balada).

Aqui, não há necessidade de fundada suspeita. A pessoa pode se recusar e, com isso, ser impedida de entrar no local.

6.4.2. Busca pessoal de natureza processual penal

Prevista no §2º do art. 240 do CPP, observe:

CPP, art. 240, § 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.

Perceba que para haver busca pessoal é necessária a fundada suspeita. Nesse sentido:

STF: "(...) A fundada suspeita prevista no art. 244 do CPP não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um 'blusão' suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder". (STF, 1ª Turma, HC 81.305/GO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22/02/2002 p. 35).

Além disso, a busca pessoal de natureza processual penal não depende de autorização judicial prévia, nos termos do art. 244 do CPP:

CPP, art. 244: A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

6.5. BUSCA DOMICILIAR

6.5.1. Inviolabilidade domiciliar

A CF, em seu art. 5º, XI, prevê que a casa é o asilo inviolável do indivíduo. Observe:

CF, art. 5º, XI: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

6.5.2. Conceito de casa

O conceito de "casa" pode ser extraído do art. 150 do CP, que prevê o crime de violação de domicílio. Vejamos:



CP, art. 150: § 4º: A expressão ‘casa’ compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (*por exemplo, escritório de advocacia*).

§ 5º - Não se compreendem na expressão “casa”:

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

Em suma, o conceito de casa inclui:

- A casa, incluindo toda a sua estrutura, como o quintal, a garagem, o porão, a quadra etc.
- os compartimentos de natureza profissional, desde que fechado o acesso ao público em geral, como escritórios, gabinetes, consultórios etc.
- os aposentos de habitação coletiva, ainda que de ocupação temporária, como quartos de hotel, motel, pensão, pousada etc.

O quarto de hotel constitui espaço privado que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, é qualificado juridicamente como “casa” (desde que ocupado) para fins de tutela constitucional da inviolabilidade domiciliar. STJ. 6ª Turma. HC 659.527-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19/10/2021 (Info 715).

No entanto, o STJ fez uma interessante ressalva. O Tribunal afirmou que, embora o quarto de hotel regularmente ocupado seja, juridicamente, qualificado como “casa” para fins de tutela constitucional da inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI), a exigência, em termos de standard probatório (critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado), para que policiais ingressem em um quarto de hotel sem mandado judicial não pode ser igual às fundadas razões exigidas para o ingresso em uma residência propriamente dita, a não ser que se trate (o quarto de hotel) de um local de moradia permanente do suspeito.

Isso porque é diferente invadir uma casa habitada permanentemente pelo suspeito e até por várias pessoas (crianças e idosos, inclusive) e um quarto de hotel que, como no caso, é aparentemente utilizado não como uma moradia permanente, mas para outros fins, inclusive, ao que tudo indica, o comércio de drogas.

Com efeito, presentes as fundadas razões que sinalizem a ocorrência de crime e evidenciem hipótese de flagrante delito, é regular o ingresso da polícia no quarto de hotel ocupado pelo acusado, sem autorização judicial e sem o consentimento do hóspede.

É lícita a entrada de policiais, sem autorização judicial e sem o consentimento do hóspede, em quarto de hotel não utilizado como moradia permanente, desde que presentes as fundadas razões que sinalizem a ocorrência de crime e hipótese de flagrante delito. STJ. 6ª Turma. HC 659.527-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19/10/2021 (Info 715).

- veículo utilizado para a habitação do indivíduo, como ocorre com trailers, cabines de



caminhão, barcos etc.

Salienta-se que, de acordo com o STF, os estabelecimentos empresariais podem ser considerados como “casa”, quando não forem abertos ao público.

STF: “(...) Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilícitude do resultado da diligência. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas”. (STF, 2ª Turma, HC 106.566/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16/12/2014, DJe 53 18/03/2015).

6.5.3. Conceito de dia

Não há na doutrina consenso acerca do que seria dia. Para alguns, compreende o período entre às 6h e 18h. De outro lado, há quem defenda que é o nascer e pôr do sol.

O importante é que o início do cumprimento do mandado se dê durante o dia, ainda que eventualmente prolongue-se por um período durante a noite.

Destaca-se que o STF entendeu que, no caso de Interceptação ambiental, seria possível o ingresso no período noturno.

6.5.4. Reserva de jurisdição

Certos direitos e garantias só podem sofrer restrição com base em ordem de autoridade judiciária competente. É o que acontece com a violação do domicílio, sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, apenas o juiz pode determinar de forma específica.

Portanto, não podem ser admitidos mandados de busca genéricos ou coletivos.

CPP, art. 243: O mandado de busca deverá:



I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

Por fim, destaca-se que as autoridades fazendárias também dependem de ordem de autoridade judiciária competente.

STJ: “(...) Não restou demonstrada qualquer irregularidade na diligência efetuada pelos policiais na casa da tia do paciente, seja em decorrência de perseguição continuada aos autores do crime de roubo, seja pelo fato de a ocultação de armas de fogo sem autorização e em desacordo com a determinação legal constituir-se, por si só, em crime permanente, de modo que em ambas as situações se verificam as hipóteses de exceção à regra de



inviolabilidade de domicílio, previstas no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal. (...) Ordem denegada”. (STJ, 5ª Turma, HC 51.897/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 20/06/2006, DJ 01/08/2006 p. 480).

STF: “(...) Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. (...) O atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilège du préalable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. (...)”. (STF, 2ª Turma, HC 103.325/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/2012).

STF: “(...) Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. (...) Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. (...)”. (STF, Pleno, Inq. 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26/11/2008, DJe 55 25/03/2010)

6.5.5. Flagrante delito

Nos casos de flagrante delito, prevê a CF, que o ingresso poderá ocorrer durante o dia ou a noite, sem prévia autorização judicial. Com isso, muitos abusos começaram a ocorrer.

Diante disso, em alguns julgados recentes, tanto o STF como o STJ, vêm entendendo que o flagrante delito precisa estar evidenciado por alguma causa provável. Não subsistindo a causa provável, o ingresso será considerado ilícito, ainda que sejam encontrados elementos de crime naquele local.

STF: “(...) A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. (...) Normas



internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. Justa causa. **A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida.** Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso". (STF, Pleno, RE 603.616/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 93 09/05/2016).

STJ: "RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor 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". 2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige. 3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação." 6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no



desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda. 7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. 9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo. 10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial - ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro -, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência. 11. Na hipótese sob exame, o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas. 12. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial. 13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu na espécie - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento. 14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da



Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas. 15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido". (REsp 1574681/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 30/05/2017)

Na hipótese de suspeita de flagrância delitiva, qual a exigência, em termos de standard probatório, para que policiais ingressem no domicílio do suspeito sem mandado judicial?

Obs.: Standards de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado.

1) Autorização assinada pelo morador e por testemunhas

Os policiais deverão obter a autorização assinada pelo morador afirmando que permite a entrada, indicando, ainda, o nome de testemunhas que atestem que o morador consentiu com a entrada e que acompanhem a busca realizada. Isso deve ser registrado em auto circunstanciado.

Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do CPP, que prevê:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

(...)

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.

Embora esse dispositivo se refira ao cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, por óbvio ele também deve se aplicar para qualquer forma de busca e apreensão efetuada pelo Estado em domicílios de suspeitos, com ou sem mandado judicial.

2) A diligência deverá ser integralmente registrada em vídeo e áudio

Além disso, será de fundamental importância que se registre, em vídeo e áudio, toda a diligência, especialmente nas situações em que, por ausência justificada do formulário ou por impossibilidade qualquer de sua assinatura, seja indispensável comprovar o livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.

A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada a prova enquanto durar o processo. STJ. 6ª Turma. HC 598.051/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 02/03/2021 (Info 687).



Principais conclusões do STJ:

1) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

2) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.

3) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação.

4) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo.

5) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

O Min. Relator propôs e a 6ª Turma concordou com a fixação do prazo de 1 (um) ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a evitar situações de ilicitude, que, entre outros efeitos, poderá implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal, à luz da legislação vigente (art. 22 da Lei 13.869/2019), sem prejuízo do eventual reconhecimento, no exame de casos a serem julgados, da ilegalidade de diligências pretéritas.

Vale ressaltar que, após o julgado acima mencionado - da 6ª Turma - a 5ª Turma do STJ também aderiu ao posicionamento, de forma que se trata atualmente do entendimento consolidado do Tribunal: STJ. 5ª Turma. HC 616.584/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 30/03/2021.

MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

1. A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

Trata-se de medidas de natureza urgente, as quais visam assegurar a eficácia do processo. Estão relacionadas ao elemento do tempo, que produz um efeito deletério no processo. Como, muitas vezes, o processo demora anos, adotam-se algumas medidas cautelares a fim de que se assegure a eficácia do processo.

Por exemplo, processo lento e o indivíduo continua praticando crimes; arruína seu patrimônio para fugir dos efeitos da condenação; ameaça testemunhas. Diante disso, as medidas cautelares específicas são concedidas.



De acordo com Calamandrei (citado por Renato Brasileiro), “entre fazer logo, porém mal, e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, ou seja, da justiça intrínseca da decisão, seja resolvido posteriormente”

Prevalece que não há um processo cautelar autônomo em sede processual penal. A tutela cautelar é prestada através de medidas cautelares que são concedidas de maneira incidental, seja na fase investigatória seja na fase processual penal.

Salienta-se que o CPP não trata da matéria de maneira técnica. O título IX trata apenas dos cautelares pessoais.

2. ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES

2.1. MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PATRIMONIAL

São aquelas relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação (aprofundamento na Parte II do CS de Processo Penal).

Parte da doutrina usa a expressão “medidas cautelares reais”, Renato Brasileiro não concorda, pois daria a impressão de que a medida cautelar seria apenas em bens imóveis, quando pode recair também sobre bens móveis.

Sabe-se que um dos efeitos da condenação, por exemplo, é tornar certa obrigação de reparar os danos causados pelo delito, bem como o perdimento dos bens obtidos ilícitamente, nos termos do art. 91 do CP, mas se sabe que se essas medidas não forem adotadas de imediato, no final do processo pode ser que esses bens já tenham sumido.



CP 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.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

Para assegurar a eficácia do processo, surgem as medidas cautelares patrimoniais, a exemplo do sequestro de bens.



2.2. MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PROBATÓRIA

São aquelas que visam evitar o perecimento de uma fonte de prova, assim como resguardar a produção os meios de prova.

Cita-se, como exemplo, o art. 225 do CPP, a Lei de Proteção de Testemunhas (art. 19-A), o depoimento especial (Lei 13.431/17).

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

Art. 19-A. Terão prioridade na tramitação o inquérito e o processo criminal em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas de que trata esta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.483, de 2011)

Parágrafo único. Qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos nesta Lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal.

Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

*§ 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:
I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;
II - em caso de violência sexual.*

2.3. MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

São aquelas medidas restritivas (cautelares diversas da prisão) ou privativas (fica 100% privado, a exemplo da prisão preventiva) da liberdade de locomoção adotadas contra a pessoa do investigado (fase de inquérito) ou acusado (fase processual).

3. LEI 12.403/11 E O FIM DA BIPOLARIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL PREVISTAS NO CPP

A expressão “bipolaridade” é frequentemente utilizada pelo Ministro do STJ Rogério Schietti Machado Cruz.

ANTES DA LEI 12.403/11	DEPOIS DA LEI 12.403/11
Prisão Cautelar Liberdade provisória com ou sem fiança (cabível apenas como substitutivo ou anterior a prisão em flagrante)	Prisão Cautelar Liberdade provisória com ou sem fiança, cumulada ou não com as medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320 do CPP)



Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

VI - 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;

VII - 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 Código Penal) e houver risco de reiteração;

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

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

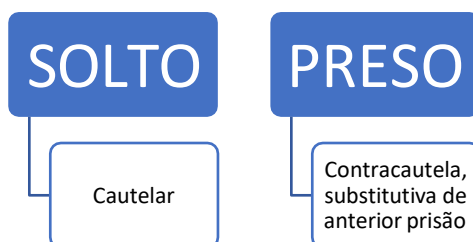
Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

A Lei 12.403/11 introduziu, pelo menos, dez medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 e art. 320 do CPP).

Indaga-se: como tais medidas poderão ser utilizadas?

- a) Como instrumento de contracautela, substituindo anterior prisão em flagrante, preventiva ou temporária;
- b) Como instrumento cautelar para o acusado que estava em liberdade plena.

Em suma:



Cita-se, como exemplo, o acusado solto que ameaça uma testemunha. Antes da Lei, a única



alternativa era a prisão. Agora, é possível aplicar a medida cautelar de proibição de manter contato com a pessoa.

Como exemplo de medida de contracautela, podemos citar o caso de um agente que foi preso por praticar crimes funcionais. Em HC é substituída a prisão pela medida cautelar de suspensão do exercício da função pública, retirando o instrumento para a prática dos crimes funcionais.

4. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Entende-se por poder geral de cautela a adoção de cautelares inominadas quando aquelas previstas em lei não forem suficientes.

Em suma, quando há necessidade de aplicar uma medida cautelar, primeiro verifica-se se as medidas expressas em lei atendem às necessidades do caso concreto. Caso isso não ocorra, usa-se o poder geral de cautela. Assim, trata-se de um poder outorgado ao juiz para empregar cautelares que não possuem previsão legal, ao visualizar que nenhuma daquelas com previsão legal têm o condão de atender as necessidades do caso concreto.

Está previsto no art. 297 do CPC/15, vejamos:

Art. 297: O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Indaga-se: é possível aplicar o art. 297 do CPC/15 (art. 798 do CPC/73) ao Processo Penal:

1ªC (LFG, Badaró) – o poder geral de cautela no Processo Penal viola o devido processo legal. Portanto, não seria possível aplicar o art. 297 do CPC/15. É a posição a ser trabalhada em concursos da Defensoria;

2ªC (Renato Brasileiro, Denilson Feitosa) – o poder geral de cautela no Processo Penal é cabível, desde que para fins de adoção de medidas menos gravosas do que aquelas previstas em leis. Não há violação do devido processo legal, traz a ideia do princípio da proporcionalidade. É posição minoritária. Há, contudo, julgados ANTIGOS (ainda havia a bipolaridade) admitindo o poder geral de cautela.

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou



processuais). Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). Ordem denegada. (STF, 2ª Turma, HC 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 107 **12/06/2008**). **Julgado antigo, tanto que cita CPC/73. Renato afirma que, apesar de ser antigo, não houve nenhuma mudança significativa na legislação (mesmo com o CPC/15). Portanto, julgado o julgado continua válido. Assim, de acordo com o Professor, se perguntando em provas é correto afirmar que o Supremo entende possível o poder geral de cautela no Processo Penal!**

5. PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL

Primeiramente, destaca-se que nenhuma cautelar pode ser aplicada de maneira automática. Cabe ao juiz, diante do caso concreto, verificar se estão presentes os pressupostos e, após, de maneira fundamentada, aplicar tais medidas.

Para melhor compreensão, é necessário separar os pressupostos da prisão preventiva dos pressupostos das medidas cautelares diversas da prisão, ambas são cautelares pessoais.

PRISÃO PREVENTIVA

MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA
PRISÃO



Fumus comissi delicti – trata-se da plausibilidade do direito de punir. Evidenciada pela presença de prova do crime e indícios de autoria (art. 312 do CPP).	
Periculum libertatis – é o perigo que a permanência em liberdade do acusado representa (art. 312 e art. 282 ambos do CPP)	
Ultima ratio – só devem ser adotadas quando se verificar que as cautelares diversas da prisão não vão atingir seus efeitos (art. 282, §6º). Obs.: para decretar a preventiva não há necessidade de decretar medida cautelar diversa da prisão antes, basta fundamentar que não cabe nenhuma das referidas medidas.	Prima ratio – deve-se tentar adotar sempre que possível, a fim de se evitar o encarceramento desnecessário.
Quanto à infração penal: A prisão preventiva é uma medida extrema (gravosa), por isso não são todos os crimes que admitem sua decretação. Deve-se analisar o art. 313 do CPP.	Quanto à infração penal Deve haver cominação de penal privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente (art. 283, §1º). Por exemplo, não cabe para o art. 28 da Lei de Drogas.



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)

CPP, art. 282: As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal (**garantia de aplicação da lei penal**) para a investigação ou a instrução criminal (**conveniência da instrução criminal**) e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (**garantia de ordem pública e da ordem econômica**);

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá



ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

CPP, art. 313: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

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 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

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 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)

CPP, art. 283, § 1º: As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Obs.: A internação provisória, medida cautelar diversa da prisão, possui requisitos adicionais, quais sejam: deve ser um crime (não cabe em contravenção) praticado com violência ou grave ameaça, devendo o indivíduo ser inimputável ou semi-imputável e deve haver risco de reiteração.

CPP, art. 319, VII: 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 Código Penal) e houver risco de reiteração.

Atenção para certas medidas cautelares em espécie que **aparentemente** restringem o âmbito de sua aplicação apenas à determinada finalidade. Em uma leitura inicial do rol das cautelares do art. 319, VI do CPP, pode-se ter a impressão de que o legislador restringiu sua aplicação a uma finalidade (“quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”) a garantia de ordem pública.

Indaga-se: não seria possível aplicar tal cautelar com base nas outras finalidades do art. 282, I (conveniência da instrução)?





1ª C (Badaró): se o inciso delimitou a utilização da cautelar, apenas será decretada com base na finalidade específica.

2ª C (Andrei Borges) - a intenção da lei não foi a de restringir, mas a de apontar a finalidade precípua da cautelar em espécie, podendo ela ser usada para atingir os demais objetivos do artigo 282, I.

Por fim, importante consignar que, segundo Renato Brasileiro, o art. 313, § 2º, CPP, é válido para quaisquer cautelares (não apenas para as prisões preventivas). Não se pode admitir que uma medida cautelar seja passível de aplicação automática, não podendo ser utilizada, portanto, com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

6. **PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES**

Novidade trazida pela Lei 12.403/11.

6.1. **APLICAÇÃO ISOLADA OU CUMULATIVA**

CPP, art. 282, § 1º: “As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente” (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

Será o caso concreto que irá determinar a aplicação isolada ou cumulativa das medidas cautelares. Em determinadas situações, é prudente que sejam aplicadas de forma cumulativa.

Cita-se, como exemplo, a proibição de se ausentar da comarca (não há como fiscalizar) então cumula com o monitoramento eletrônico ou com o comparecimento a juízo para justificar as atividades.

Indaga-se: dentre as cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320) qual é a única que só pode ser aplicada de maneira isolada? R: Trata-se da cautelar de internação provisória, pois não há necessidade de aplicar as demais.

7. **JURISDICIONALIDADE**

As medidas cautelares pessoais estão sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, apenas o juiz poderá decretá-las.

CPP, art. 282, § 2º: § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Obs.: a prisão em flagrante pode ser decretada por qualquer pessoa. Além disso, a fiança poderá ser concedida pela autoridade policial (apenas nos casos de prisão em flagrante para crimes com pena de até 4 anos).

Além disso, salienta-se que é possível que autoridade policial determine o imediato afastamento do agressor do lar, do domicílio ou do local de convivência com a vítima de violência



doméstica e familiar contra a mulher.



Lei n. 11.340/06

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: (Incluído pela Lei n. 13.827/19, com vigência em data de 14/05/2019).

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

7.1. PRINCÍPIO TÁCITO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR

Terminologia utilizada pelo STF em alguns precedentes.

Na CF há explicitamente o princípio da individualização da pena, não há individualização da prisão cautelar. O STF passou a sustentar que a decretação de medida cautelar deve ser feita com uma fundamentação que individualiza a necessidade da medida diante do caso concreto.

Salienta-se que é necessário fundamentar toda e qualquer medida cautelar, não apenas a prisão preventiva. Não podem ser aplicadas de forma automática.

Haverá ausência de fundamentação quando se verificar as hipóteses do art. 315 do CPC/15. Vejamos:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)



IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

7.2. VEDAÇÃO À PRISÃO CAUTELAR EX LEGE

juiz.

Trata-se de prisão imposta pela lei, independentemente da análise de sua necessidade pelo

A doutrina afirma que a tal prisão viola a regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência.

Exemplo é o art. 44 da Lei de Drogas:

Lei n. 11.343/06, art. 44: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput, e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Note que o art. 44 da LD veda a liberdade provisória com ou sem fiança. A consequência é uma prisão cautelar *ex lege* para os flagranteados. Em suma, o juiz não teria nenhuma margem para apreciar se a prisão seria ou não necessária, mantendo preso o flagranteado simplesmente porque o legislador, em abstrato, vedou a liberdade provisória.

Durante anos a vedação do art. 44, no tocante à liberdade provisória com ou sem fiança, foi considerada válida. Atualmente, os Tribunais vêm entendendo que o juiz não pode manter alguém preso tão somente com base em uma vedação em abstrato da liberdade provisória.

STF: “(...) Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida”. (STF, Pleno, HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/05/2012).

Salienta-se que a partir do julgado, o Supremo passou a admitir a concessão de liberdade



provisória para crimes hediondos e equiparados, como no exemplo do tráfico de drogas. No entanto, não é todo e qualquer autor de crime hediondo ou equiparado obrigatoriamente será posto em liberdade. O que foi dito é que, se há a pretensão de manter a prisão, deverá haver uma fundamentação explícita quanto a sua necessidade. Portanto, para que o juiz mantenha alguém preso, não é suficiente reproduzir os dizeres do art. 44 da LD.

Indaga-se:

- a) É cabível liberdade provisória com fiança para crimes hediondos? Não, pois a própria Constituição é no sentido de que os crimes hediondos são inafiançáveis.
- b) Qual é a espécie de liberdade provisória que deve ser concedida ao autor de um crime hediondo? Será a liberdade provisória sem fiança. A doutrina entende que, obrigatoriamente, deverá ser aplicada uma ou mais cautelares diversas da prisão, exatamente para não ocorrer o absurdo de conceder uma liberdade provisória menos gravosa do que aquela dada ao autor de um crime afiançável

7.3. DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO PELO JUIZ

DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO	
ANTES DA LEI 13.964/2019	APÓS A LEI 13.964/2019
Art. 282 (...) §2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público	Art. 282 (...) § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou , quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público
Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal , ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.	Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial .
O juiz poderia decretar medida cautelar de ofício apenas na fase processual. Na fase investigatória jamais poderia atuar de ofício.	O juiz NÃO poderá decretar medida cautelar de ofício, seja na fase investigatória seja na fase processual.

De acordo com Renato Brasileiro, a nova sistemática deve ser aplicada para toda e qualquer medida cautelar (pessoais, patrimoniais, probatórias), a exemplo da decretação do sequestro (art. 127 do CPP) que não poderá mais ser feita de ofício pelo juiz.

Art. 127. O juiz, ~~de ofício~~, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.



O art. 20 da Lei Maria da Penha prevê que o juiz poderá decretar a prisão preventiva do agressor de ofício, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal. Segundo Renato Brasileiro, houve revogação tácita da expressão “de ofício”, nenhuma medida cautelar poderá ser decretada de ofício pelo juiz, nem mesmo nos casos de aplicação da Lei Maria da Penha.

Imagine a seguinte situação hipotética: o MP requer ao juiz a aplicação da cautelar de recolhimento domiciliar noturno (art. 319, V do CPP). O juiz obrigatoriamente deve ficar restrito à aplicação da cautelar requerida pelo MP ou poderá aplicar outra, inclusive mais grave? O juiz não poderá atuar de ofício, precisa obrigatoriamente ser provocado. Contudo, após a provocação (requerimento) poderá decretar qualquer medida cautelar que entender necessária e suficiente ao caso concreto. Não esquecer que em relação às cautelares vigora o princípio da fungibilidade.

Obs.: o juiz não poderá agir de ofício para DECRETAR medidas cautelares. Entretanto, poderá agir de ofício para REVOGAR as medidas cautelares, tanto que poderá conceder ordem de habeas corpus de ofício.

O art. 282, §5º do CPP autoriza o juiz a revogar ou substituir a medida cautelar de ofício. Contudo, para “voltar a decretá-la” deverá haver provocação, não pode atuar de ofício.

Art. 282, § 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Além disso, quando descumpridas as obrigações o juiz não poderá impor as consequências de ofício, mas, igualmente, deverá haver requerimento do Ministério Público, do assistente ou do querelante, nos termos do art. 282, §4º do CPP.

Art. 282, § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Por fim, desde 2011, a doutrina entende que a conversão do flagrante em prisão preventiva de ofício pelo juiz (art. 310, II do CPP) não pode ser feita. Por outro lado, a jurisprudência sempre entendeu que seria possível, já que com o flagrante o juiz já estaria sendo provocado.

Com o advento do Pacote Anticrime, os Tribunais Superiores alteraram o entendimento.

Não é possível a decretação “ex officio” de prisão preventiva em qualquer situação (em juízo ou no curso de investigação penal), inclusive no contexto de audiência de custódia, sem que haja, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310, II, do CPP, prévia, necessária e indispensável provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, § 2º, e do art. 311, ambos do CPP, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio ‘requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público’, não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação ‘ex officio’ do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. A interpretação do



art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, § 2º, e 311, significando que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP.

STJ. 5ª Turma. HC 590039/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2020.

STF. 2ª Turma. HC 188888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06/10/2020.

8. LEGITIMIDADE PARA O REQUERIMENTO DE DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

FASE INVESTIGATÓRIA	FASE JUDICIAL
Requerimento da autoridade policial ¹ .	Requerimento do MP
Requerimento do MP	Requerimento do querelante nos crimes de ação penal privada ²
Requerimento do ofendido nos crimes de ação penal privada	Requerimento do assistente de acusação ⁴
Requerimento do acusado/defensor ³	Requerimento do acusado/defensor ³

- 1) (Des)necessidade de oitiva do Ministério Público diante de representação da autoridade policial: Não há consenso.

1ª C (Delegado) - Não há necessidade, tendo em vista que a própria Lei confere ao Delegado de Polícia o poder de representação.

2ª C (Ministério Público) - Há necessidade, eis que:

- a) Ministério Público é o titular da ação penal pública;
- b) Delegado de Polícia não seria dotado de capacidade postulatória.

- 2) Doutrina sustenta que o querelante, apesar da redação do art. 311 do CPP também poderá fazer na fase investigatória
- 3) Quanto ao requerimento do acusado ou defensor, salienta-se que o acusado pode requerer a aplicação de cautelares diversas da prisão como medidas de contracautela, substituindo anterior prisão em flagrante, preventiva ou temporária.
- 4) O requerimento do assistente da acusação, na fase processual, é uma novidade introduzida pela Lei 12.403/11.

O assistente da acusação é o ofendido que se habilita no processo, em crime de ação penal pública. O assistente só existe na fase processual.

CPP, art. 268: Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.



*Súmula 208 STF: O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus. **Ultrapassada.***

Destaca-se que a Súmula 208 do STF é anterior à Lei 12.403/11. À época, entendia-se que o fato de o indivíduo ter sido colocado em liberdade não atentaria contra os interesses do assistente da acusação, por isso não caberia recurso. O assistente da acusação não tinha legitimidade para requerer medidas cautelares.

Atualmente, em razão da redação do art. 311 do CPP, que passou a conferir ao assistente da acusação essa legitimidade, é possível concluir que se operou, quanto à súmula, o denominado *overruling*.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

9. CONTRADITÓRIO PRÉVIO

ANTES DA LEI 12.403/11	APÓS A LEI 12.403/11	APÓS A LEI 13.962/2019
O contraditório, em relação às cautelares, era diferido. Ou seja, o conhecimento ocorria após a decretação da medida	O contrário, <u>em regra</u> , deferia <u>ser prévio</u> , conforme disposto no art. 282, §3º do CPP. Nos casos em que o juiz não aplica o contraditório prévio, a doutrina sustentava que deveria fundamentar.	O contraditório continua sendo prévio, mas agora está expresso que o nos casos de urgência e de perigo deverá haver fundamentação
	Art. 282. (...) §3º <u>Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz</u> , ao receber o pedido de medida cautelar, <u>determinará a intimação da parte contrária</u> , acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo	Art. 282, § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, <u>e os casos de urgência ou de perigo deverão ser</u>



		justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.
--	--	--

Destaca-se que, apesar da orientação do CNPG (Enunciado 31), o art. 282 aplica-se para os casos de prisão e não apenas para as cautelares diversas da prisão, tendo em vista que trata das disposições gerais (Capítulo I) do Título IX (da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória).

Enunciado nº 31, CNPG: Os dispositivos do § 3º do art. 282 não se aplicam à prisão preventiva, mas apenas às cautelares do art. 319 do CPP

10. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Previsto no art. 282, §4º do CPP:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

O CPP estabelece três medidas para o caso de descumprimento, as quais não poderão ser aplicadas de ofício, será necessário requerimento:

- Substituição da medida por outra mais gravosa
- Imposição de outra medida em cumulação
- Decretação da prisão preventiva

Destaca-se que as medidas não são uma sequência de imposição obrigatória. Assim, pode-se decretar a prisão preventiva de imediato, a depender do caso concreto.

STJ: "(...) A prisão preventiva decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta ao paciente não está submetida às circunstâncias e hipóteses previstas no art. 313 do CPP, de acordo com a sistemática das novas cautelares pessoais. (...)". (STJ, HC 281.472/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 05/06/2014, Dje 18/06/2014).

O STJ entendia que o descumprimento das protetivas de urgência não tipificava o crime de desobediência, uma vez que a lei estabelecia as consequências e não se referia ao crime. Contudo, em 2018, a Lei 13.641/18, inseriu o art. 24-A à Lei Maria da Penha, a fim de caracterizar como crime de desobediência o descumprimento.

Informativo 544 do STJ: O descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha (art. 22 da Lei 11.340/2006) não configura crime de desobediência (art. 330 do CP). De fato, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que, para a configuração do crime de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial,



sendo indispensável que inexistia a previsão de sanção específica em caso de descumprimento (HC 115.504-SP, Sexta Turma, Dje 9/2/2009).

Renato Brasileiro ressalta que tal entendimento NÃO é aplicado para as demais medidas cautelares diversas da prisão, mas sim APENAS para as protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, eis que seria uma analogia *in malam partem*. Por isso, quanto as outras medidas cautelares, continua válido o posicionamento do STJ.

11. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E (DES) NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 313 DO CPP

Imagine, por exemplo, que Fernando ameace (art. 146 do CP) Antônio. Diante disso, o juiz aplicou a Fernando a medida de proibição de manter contato com Antônio. Perceba que é uma medida cautelar diversa da prisão. Contudo, Fernando descumpra tal medida. Indaga-se: caberá a decretação de prisão preventiva?

Observe a redação do art. 313 do CPP:

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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

O crime de ameaça não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 313 do CPP. Diante disso, surge duas correntes acerca da possibilidade ou não da decretação de prisão preventiva pelo descumprimento da medida cautelar imposta. Vejamos:

1ª corrente (minoritária): sustenta que o art. 313 do CPP deve ser observado, ou seja, deve estar presente alguma das hipóteses do dispositivo para decretar a prisão preventiva. Baseia-se na aplicação da proporcionalidade ao caso concreto. Portanto, não seria possível prender preventivamente alguém acusado/investigado por crime de ameaça se, ao final do processo, a pessoa provavelmente não será presa.



2ª corrente (majoritária): nos casos de descumprimento das cautelares diversas da prisão, a prisão preventiva poderá ser decretada, independentemente da observância do art. 313 do CPP. Entende que se isso não fosse possível, as cautelares diversas da prisão seriam ineficazes.

STJ: “(...) A prisão preventiva decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta ao paciente não está submetida às circunstâncias e hipóteses previstas no art. 313 do CPP, de acordo com a sistemática das novas cautelares pessoais. (...)”. (STJ, HC 281.472/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 05/06/2014, Dje 18/06/2014).

12. REVOGABILIDADE E/OU SUBSTITUTIVIDADE DA MEDIDAS CAUTELARES

A decisão que decreta uma medida cautelar é baseada na cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, mantidos os seus pressupostos a decisão será mantida. Havendo, todavia, uma modificação dos pressupostos fáticos ou jurídicos poderá haver a revogabilidade e/ou a substitutividade (obviamente, pode ser decretada novamente). Por isso, a doutrina afirma que a medida cautelar seria situacional.

A medida cautelar tutela determinada situação fática de perigo e, caso esta desapareça, deixa de haver a necessidade para sua decretação. Nesse sentido, o §5º do art. 282 do CPP

CPP, art. 282, 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

No CPP, não há previsão legal expressa acerca da periodicidade da análise da necessidade da cautelar diversa da prisão. O Pacote Anticrime passou a prever o prazo de 90 dias para reavaliar se há ou não necessidade manutenção da preventiva, segundo Renato Brasileiro, deve ser interpretado extensivamente para que seja aplicado às cautelares diversas da prisão.

Art. 316, 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)

13. RECURSOS ADEQUADOS

13.1. EM FAVOR DA ACUSAÇÃO

São os casos em que o juiz indefere a decretação ou revoga ou substitui por uma mais benéfica.

De acordo com a doutrina, com base em uma interpretação extensiva do art. 581, V, do CPP, o recurso cabível é o RESE.

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

(...)

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)



Perceba que o inciso V se refere apenas à prisão preventiva, não menciona cautelar diversa da prisão. Contudo, deve ser aplicado as demais cautelares diversas da prisão.

Salienta-se que o rol do art. 581 do CPP não pode ser interpretado extensivamente para alcançar hipóteses contrárias àquelas previstas em lei. Porém, o rol deve ser lido à luz de todas as mudanças legislativas produzidas nos últimos anos no Código de Processo Penal.

Podem interpor o RESE: Ministério Público, querelante e o assistente da acusação.

Obs. O Delegado de Polícia não tem legitimidade para interpor o recurso, já que ele não é dotado de capacidade postulatória.

Destaca-se que o RESE, do inciso V do art. 581 CPP, não tem efeito suspensivo, isto é, a decisão a ser impugnada produzirá efeitos imediatos. Portanto, além do RESE, também deve ser impetrado mandado de segurança, objetivando atribuir efeito suspensivo ao recurso interposto (*interpretação que pode ser indagada em provas para o Ministério Público*). Esse raciocínio pode ser extraído da Lei do MS, fazendo uma interpretação *a contrario sensu*:

*Lei n. 12.016/09, art. 5º: Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
(...)
II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.*

CUIDADO (para demais concurso adotar)! O STJ entende que, caso a lei não preveja o efeito suspensivo, estar-se-ia burlando o espírito do Código ao atribuí-lo por meio do mandado de segurança de forma diversa. Nesse sentido:

Súmula 604 STJ: O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público.

13.2. EM FAVOR DO ACUSADO

São os casos em que o juiz defere a decretação das medidas.

Caberá *habeas corpus* tanto nos casos de decretação de prisão preventiva quanto nos casos de decretação de cautelar diversa da prisão.

Apesar de o indivíduo não ter sido preso, há contra ele prejuízo a liberdade de locomoção e risco potencial, tendo em vista que o descumprimento de uma cautelar diversa da prisão pode acarretar a decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido:

STJ: “(...) Conquanto o afastamento do cargo público não afete diretamente a liberdade de locomoção do indivíduo, o certo é que com o advento da Lei 12.403/2011 tal medida pode ser imposta como alternativa à prisão preventiva do acusado, sendo que o seu descumprimento pode ensejar a decretação da custódia cautelar, o que revela a possibilidade de exame da sua legalidade na via do habeas corpus. (...)”. (STJ, 5ª Turma, HC 262.103/AP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 09/09/2014, Dje 15/09/2014).

14. DETRAÇÃO E MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO



A detração consiste em descontar o tempo de prisão provisória do tempo da prisão definitiva, nos termos do art. 42 do CP, *in verbis*:

CP, art. 42: Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Em relação às medidas cautelares diversas da prisão, é pertinente analisar duas hipóteses:

- a) Quando houver semelhança entre a medida cautelar aplicada durante o curso da persecução penal e a pena definitiva

É possível a detração.

Exemplo: internação provisória (medida cautelar) e medida de segurança (sanção definitiva).

- b) Quando não houver homogeneidade entre a medida cautelar aplicada durante a persecução penal e a pena definitiva

Há duas correntes, antes observe o exemplo dado pelo professor

Exemplo: monitoramento eletrônico (cautelar) e pena de prisão (sanção).

- 1ª C (majoritária): não é cabível a detração. Possui precedentes antigos, anteriores à Lei 12.403/11:

STF: "(...) HABEAS-CORPUS. DETRAÇÃO DA PENA. CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE ESTEVE EM LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Detração penal considerando-se o lapso em que o paciente esteve em liberdade provisória. Impossibilidade, por ausência de previsão legal. A regra inscrita no artigo 42 do CPB prevê o cômputo de período relativo ao cumprimento de pena ou de medida restritiva de liberdade. Habeas-corpus indeferido". (STF, 2ª Turma, HC 81.886/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14/05/2002).

- 2ª C: é cabível a detração. Deve ser usado critério semelhante à remição:



LEP, art. 126: "O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§1º: A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.



Não é uma posição que vem predominando na doutrina, pois a considera subjetiva.

Citar apenas em concursos da Defensoria.

PRISÃO

1. **CONCEITO**

É a privação da liberdade de locomoção do indivíduo em virtude de seu recolhimento ao cárcere, seja por flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente, seja em face de transgressão militar ou crime propriamente militar.

CF, art. 5º, 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.

2. **ESPÉCIES DE PRISÃO**

2.1. **PRISÃO CIVIL**

CF art. 5º, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

CADH 7º. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Conforme a CF, a prisão civil é cabível para o devedor de alimentos e para o depositário infiel. No entanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, permite a prisão por dívidas apenas quanto ao alimentante.

A partir dos julgados RE 466.343 e HC 87.585, nos quais o STF definiu que os tratados internacionais de direitos humanos têm status normativo suprallegal, todas as normas que tratavam da prisão do depositário infiel restaram derogadas (ou nas palavras de Gilmar Mendes: tiveram sua 'eficácia paralisada').

Não é que a CADH seja superior à CF, o que ocorre é que ela impede a legislação sobre a prisão civil, eis que a CF permite somente que seja regulamentada por lei infraconstitucional, e não estabelece uma obrigatoriedade. Assim, atualmente, admite-se apenas a prisão de devedor de alimentos. Prova disso foi o cancelamento da Súmula 619 do STF e a edição da Súmula Vinculante 25.

STF Súmula Nº 619 a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito (REVOGADA).

STF SV 25 - É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito

STJ Súmula nº 419 Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.



2.2. PRISÃO DO FALIDO

Era prevista na antiga lei de falências, DL 7661/45, no art. 35. Este artigo não era tido como recepcionado pela CF, de modo tranquilo pela jurisprudência e doutrina.

STJ Súmula 280 - O art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, que estabelece a prisão administrativa, foi revogado pelos incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

CF Art. 5º

...

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;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Entretanto, a atual lei de falências estabelece uma prisão, nomeando-a de preventiva.

LF Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

....

VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;

É possível esse tipo de prisão decretada pelo juízo falimentar?

1ªC - É perfeitamente possível a prisão preventiva seja decretada pelo juiz da falência, pois ele é a autoridade competente para tanto (Denilson Feitoza).

2ªC - Esta prisão não pode ser decretada pelo juízo falimentar, violaria o art. 5º, LVII da CF. Este artigo não é válido por conta do *caput*, isto porque esta prisão preventiva é determinada pelo juízo falimentar, ou seja, cível. Na opinião dele, este juiz só poderia ordenar a prisão do devedor de alimentos, ela só seria válida se decretada por um juiz criminal, desde que previsto os pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP. (Paulo Rangel). PREVALECE!

CF Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

2.3. PRISÃO ADMINISTRATIVA

É a prisão determinada por autoridade administrativa com o objetivo de compelir alguém ao cumprimento de um dever de direito público.

O CPP, até 2011, previa a prisão administrativa para obrigar alguém a recolher determinado valor aos cofres públicos.

Seria possível uma prisão administrativa, tendo em vista o art. 5º, LXI da CF/88?





CF Art. 5º, 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

No Estado de Defesa e no Estado de Sítio é possível que a prisão seja decretada por uma autoridade administrativa. Isso a Constituição prevê (ver art. 136 e ss. da CF).

CF Art. 137, § 3º - Na vigência do ESTADO DE DEFESA:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.

Art. 139. Na vigência do ESTADO DE SÍTIO decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

E no estado de normalidade? Teria sido recepcionada a PRISÃO ADMINISTRATIVA prevista no antigo art. 319 CPP?

Art. 319. A prisão administrativa terá cabimento:

I - contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam;

II - contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;

III - nos demais casos previstos em lei.

§ 1º A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do no II, pelo cônsul do país a que pertença o navio.

§ 2º A prisão dos desertores não poderá durar mais de três meses e será comunicada aos cônsules.

§ 3º Os que forem presos à requisição de autoridade administrativa ficarão à sua disposição.

Destaca-se há entendimento de que a prisão para fins de extradição, expulsão e deportação seriam espécies de prisão administrativa, em razão do Revogado Estatuto do Estrangeiro (que não havia sido recepcionado).

Estatuto do Estrangeiro

Art. 81. O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal.

Por muitos anos foi admitida:

- Para fins de extradição, quem decretava era o Ministro Relator no STF.



- Para fins de expulsão, quem decretava também era o Ministro Relator no STF.
- Para fins de deportação, quem decretava era um juiz federal.

Entendia-se que a prisão para o fim de extradição era automática. No entanto, há muito tempo o STF trata como espécie de prisão preventiva, devendo estar presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP).

STF: “(...) Habeas corpus. 1. Pedido de revogação de prisão preventiva para extradição (PPE). 2. Alegações de ilegalidade da prisão em face da instrução insuficiente do pleito extraditacional; nulidade da decisão que decretou a prisão do extraditando por falta de manifestação prévia da Procuradoria-Geral da República (PGR); e desnecessidade da prisão preventiva, sob o fundamento de que a liberdade do paciente não ensejaria perigo para a instrução criminal desenvolvida pelo Governo do Panamá. 3. Suposta insuficiência da instrução do pedido extraditacional. Informações prestadas pelo Relator da Extradição nº 1091/Panamá indicam que o pleito está sendo processado regularmente. 4. Alegação de nulidade da decisão que decretou a prisão do paciente por falta de manifestação prévia da PGR. Providência estranha ao procedimento da PPE, pois não há exigência de prévia manifestação da PGR para a expedição do mandado de prisão (...). Alegação de desnecessidade da PPE. A custódia subsiste há quase quatro meses e inexistente contra o paciente sentença de condenação nos autos do processo instaurado no Panamá. 6. PPE. Apesar de sua especificidade e da necessidade das devidas cautelas em caso de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, é desproporcional o tratamento que vem sendo dado ao instituto. Necessidade de observância, também na PPE, dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de expor o extraditando a situação de desigualdade em relação aos nacionais que respondem a processos criminais no Brasil. 7. A PPE deve ser analisada caso a caso, e a ela deve ser atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade; e, ainda, que esteja em consonância com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que com partilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. 8. O Pacto de San José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (Art. 7º,5). 9. A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (Art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/88, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal aplicado às PPE’s. 10. Ordem deferida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Extradição no 1091/Panamá”. (STF, Pleno, HC 91.657/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 047 13/03/2008).

O art. 84 da Lei 13.445/17 (que revogou o Estatuto do Estrangeiro) prevê a prisão cautelar para fins de extradição, desde que cumpridos os requisitos da preventiva.

Ademais, de acordo com a leitura que vem sendo feita da Lei de Migração, não há mais previsão de prisão para fins de deportação e expulsão.



Lei 13.445/17, art. 84: Em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradiciona, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a exccutoriedade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal.

§ 1º: O pedido de prisão cautelar deverá conter informação sobre o crime cometido e deverá ser fundamentado, podendo ser apresentado por correio, fax, mensagem eletrônica ou qualquer outro meio que assegure a comunicação por escrito.

§ 2º: O pedido de prisão cautelar poderá ser transmitido à autoridade competente para extradição no Brasil por meio de canal estabelecido com o ponto focal da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) no País, devidamente instruído com a documentação comprobatória da existência de ordem de prisão proferida por Estado estrangeiro, e, em caso de ausência de tratado, com a promessa de reciprocidade recebida por via diplomática.

§ 3º: Efetivada a prisão do extraditando, o pedido de extradição será encaminhado à autoridade judiciária competente.

§ 4º: Na ausência de disposição específica em tratado, o Estado estrangeiro deverá formalizar o pedido de extradição no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que tiver sido cientificado da prisão do extraditando.

§ 5º: Caso o pedido de extradição não seja apresentado no prazo previsto no § 4o, o extraditando deverá ser posto em liberdade, não se admitindo novo pedido de prisão cautelar pelo mesmo fato sem que a extradição tenha sido devidamente requerida.

§ 6º: A prisão cautelar poderá ser prorrogada até o julgamento final da autoridade judiciária competente quanto à legalidade do pedido de extradição.

2.4. PRISÃO MILITAR

É prevista na própria CF/88, em seu art. 5º, LXI, *in verbis*:

Art. 5º 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.

A prisão militar independe de prévia autorização judicial e de flagrante delito.

Só é possível, no entanto, em relação ao militar. Isso ocorre devido à sua finalidade peculiar, qual seja: preservar a hierarquia e disciplina das corporações militares.

Os casos cabíveis são: transgressão militar e crime propriamente militar (infração específica e funcional do militar: deserção, abandono de posto etc.).

O prazo máximo da prisão disciplinar é 30 dias.

Por fim, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, não caberá *habeas corpus* em relação ao mérito das punições disciplinares. Contudo, aspectos relativos à legalidade da punição podem ser questionados através de *habeas corpus*.



2.5. PRISÃO PENAL (CARCER AD POENAM)

É aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado, que impõe pena privativa de liberdade.

2.6. PRISÃO CAUTELAR (CARCER AD CUSTODIAM)

É aquela prisão decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com o objetivo de resguardar a sociedade (cautelaridade social) ou assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal (cautelaridade processual).

Indaga-se: há compatibilidade da prisão cautelar com o princípio da presunção de inocência? Sim, há compatibilidade. Contudo, trata-se de uma medida de caráter excepcional, não podendo ser usada, jamais, como cumprimento antecipado de pena (fim satisfativo). Convém lembrar que não deve também ser usada como meio de satisfação dos interesses da mídia ou da população. Qualquer forma de prisão cautelar deve ser motivada por situações específicas previstas em lei e, como veremos no decorrer, o clamor popular não figura entre as hipóteses que ensejam a referida medida excepcional.

A doutrina aponta três espécies:

- Prisão em flagrante (há controvérsia acerca de sua natureza jurídica: cautelar ou medida precautelar);
- Prisão preventiva;
- Prisão temporária.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Ao contrário da CF, o art. 283 do CPP prescreve em quais hipóteses pode haver uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Obs.: Da leitura do art. 283 do CPP, continua-se extraindo que não se admite a execução provisória da pena, tendo em vista que a prisão penal ocorrerá apenas após o trânsito em julgado. Por outro



lado, o art. 492, I, e do CPP foi alterado pelo Pacote Anticrime, passando a prever que se alguém for condenado pelo Tribunal do Júri a uma pena superior a 15 anos, deverá haver a execução provisória da pena, o que claramente é incompatível com o disposto no art. 283 do CPP



Salienta-se que a prisão decorrente de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (antigas espécies de prisão cautelar), se o indivíduo fosse reincidente ou tivesse maus antecedentes sua prisão seria decretada automaticamente (presunção de fuga).

Atualmente, essas duas prisões já não existem mais, pelo menos como modalidades autônomas de prisão cautelar. A prisão ainda pode ser efetuada por ocasião da pronúncia ou de uma sentença condenatória recorrível, mas como preventiva, condicionada aos requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP.

- Indivíduo solto: em regra, permanecerá em liberdade, salvo se surgir alguma hipótese que autorize sua prisão preventiva.
- Indivíduo preso: em regra, continuará preso. Caso o juiz entenda por manter a prisão, deverá fundamentá-la, eis que pode ser que o motivo que autorizava sua prisão já não mais subsista.

3. **PRISÃO EM FLAGRANTE**

3.1. **CONCEITO**

A prisão em flagrante é uma medida de autodefesa social, caracterizada pela privação da liberdade de locomoção, independentemente de prévia autorização judicial, daquele que é flagrado durante o cometimento de um delito ou momentos depois.

CF, art. 5º, 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.

3.2. **ESPÉCIES DE PRISÃO EM FLAGRANTE**

3.2.1. **Flagrante obrigatório/coercitivo**

Trata-se do flagrante da autoridade policial e seus agentes, que possuem o dever de efetuar a prisão em flagrante (dever de agir).

Em razão do dever de agir, ao prender alguém em situação de flagrância, procede-se acobertado pelo estrito cumprimento do dever legal.

Por fim, de acordo com a doutrina e os regulamentos policiais, o dever de agir é válido para as 24h do dia. Contudo, ao dever de agir deve-se conjugar o poder agir.

3.2.2. **Flagrante facultativo**

É o flagrante feito por qualquer pessoa do povo, desde que ela não seja autoridade policial e seus agentes.

Não há obrigação, qualquer pessoa do povo pode efetuar uma prisão em flagrante. Caso o faça, não há responsabilidade penal, em razão de agir acobertado pelo exercício regular de direito.

Tanto o obrigatório quanto o facultativo estão previstas no art. 301 do CPP

CPP, art. 301: Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

3.2.3. **Flagrante próprio/perfeito/real/verdadeiro**



Previsão legal: Art. 302, I e II do CPP.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

Ocorre quando o agente está COMETENDO (consumando – atos executórios) a infração ou ACABOU DE COMETÊ-LA (delito consumado). Essa forma de flagrante deve ser realizada no *locus delicti*.

Exemplo do supermercado. Os atos executórios do furto começam apenas depois de ultrapassado o caixa. Antes disso, trata-se de atos preparatórios. A prisão, nesse caso, é ilegal.

3.2.4. Flagrante impróprio/irreal/imperfeito/quase flagrante

Previsão legal: Art. 302, III.

Art. 302

...

III - é perseguido, LOGO APÓS, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

Ocorre quando o agente, já tendo consumado o delito, ou em meio aos atos executórios, é interrompido por terceiros. Ao fugir, é perseguido e preso.

A perseguição deve ser ininterrupta (não pode sofrer solução de continuidade), não importando o tempo de sua duração. ‘Logo após’ é o tempo entre o acionamento da polícia e o seu comparecimento ao local do crime para obtenção de informações quanto ao agente.

Não se exige na perseguição o contato visual com o agente.

Condições de validade:

- Perseguição ininterrupta (art. 290, §1º, ‘a’ e ‘b’).

§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;

b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

- Alcançado dentro do território nacional.

Obs.: Vítimas vulneráveis, exemplo estupro de uma criança de quatro anos às 13 horas e acionamento da polícia às 19 horas. Há precedentes do STJ no sentido de que se o representante legal tomou conhecimento e de imediato acionou a polícia, a prisão em flagrante seria cabível.

3.2.5. Flagrante ficto/assimilado/presumido

Previsão legal: Art. 302, IV do CPP.

Art. 302

IV - é encontrado, LOGO DEPOIS, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.



Aqui, não há necessidade de perseguição.

O agente é apenas encontrado, posteriormente, com coisas que façam presumir sua autoria.

Indaga-se: existe diferença entre o 'LOGO APÓS' do inciso III e o 'LOGO DEPOIS' do inciso IV? Prevalece que não há diferença.

Norberto Avena entende que o logo APÓS do inciso III significa um lapso de tempo menor do que o 'logo DEPOIS' (um lapso de tempo mais estendido) do inciso IV, e, ao mesmo tempo, um lapso de tempo maior do que o descrito nos incisos I e II ('está cometendo' ou 'acaba de cometê-la').

3.2.6. Flagrante preparado/provocado/crime de ensaio/delito putativo por obra do agente provocador

Sinônimos de **crime impossível**: "crime oco", "tentativa inidônea" e "quase crime".

Caracteriza-se pelo induzimento à prática do crime pelo agente provocador, que tomando as medidas necessárias, torna impossível a consumação do delito.

Crime impossível é aquele no qual o comportamento do agente não tem condições de gerar o resultado delituoso, quer por total inadequação dos meios empregados, quer por absoluta impropriedade do objeto material.

CP Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Dois requisitos:

- **Indução** à prática do crime pelo agente provocador (policial ou qualquer do povo);
- **Adoção de precauções** para que o delito não se consume.

Temos, aqui, uma hipótese de crime impossível, pela ineficácia do meio (**tentativa inidônea**). Por isso, não há possibilidade de prisão em flagrante. Em sendo feita a prisão, deverá ser relaxada, tendo em vista sua ilegalidade. Nesse sentido, a súmula 145 do STF:

STF Súmula 145 - não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

3.2.7. Flagrante esperado

Não há agente provocador.

Há a espera da autoridade policial até o momento da prática do delito. A polícia sabe que um crime será praticado, então espera até o início de sua execução para prender o agente.

OBS: Venda simulada de drogas. Em relação ao verbo vender trata-se de flagrante preparado, provocado. Porém, como o delito de tráfico de drogas é um crime de ação múltipla, nada impede que o agente seja preso em flagrante por outro verbo núcleo, tal como 'trazer consigo', desde que a posse da droga seja preexistente.

O Pacote Anticrime introduziu a figura do agente policial disfarçado no Estatuto do



Desarmamento e na Lei de Drogas. Trata-se de uma técnica especial de investigação, um meio excepcional de obtenção de provas, que só pode ser feito por agentes policiais, com o intuito de obter elementos de informação quanto à autoria e à materialidade de determinados delitos.

Lei 10.826/03

Comércio ilegal de arma de fogo

Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º (...)

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Tráfico internacional de arma de fogo.

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente: Pena – reclusão, de 8 a 16 anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Lei 11.434/2006 Art. 33, § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei n. 13.964/19).

3.2.8. Flagrante retardado/diferido/ação controlada

Consiste no retardamento da intervenção do Estado para fins de colheita de provas. Busca-se, aqui, a prisão do chefe de uma organização, ao invés de somente prisão de seus mandatários.

Previsto nos seguintes dispositivos:

- Art. 4º-B da Lei de Lavagem de Capitais

Art. 4º-B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

A ação controlada também pode recair sobre medidas assecuratória, a exemplo do sequestro.



Aqui, há necessidade de autorização judicial prévia

- Art. 53 da Lei de Drogas

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, **mediante AUTORIZAÇÃO JUDICIAL** e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - **não atuação policial sobre os portadores de drogas**, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, **com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes** de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Aqui, exige-se autorização prévia.

- Art. 8º da Lei 12.850/12 (Organização Criminosa)



Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa (**por exemplo, MP quando investiga**) relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Aqui, não se exige autorização judicial prévia, mas apenas a comunicação ao juiz que poderá estabelecer limites (caso entenda necessário).

De acordo com a doutrina, o juiz poderá impor limites temporais (tempo de duração) e limites materiais (delitos que seriam autorizados a continuar sendo praticados pela organização criminosa).

Cita-se, como exemplo, o caso de uma organização criminosa que está matando mendigos. Neste caso, não há como admitir uma ação controlada (limite material).

Obs.: Entrega vigiada (espécie de ação controlada) - é a técnica que permite que remessas ilícitas ou suspeitas de drogas, ou de outros produtos ilícitos, saiam do território de um país com o conhecimento e sob o controle das autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar os demais coautores e partícipes (Convenção de Palermo).



3.2.9. Flagrante forjado/fabricado/urdido/maquinado

Ocorre quando o fato típico não é praticado, mas é simulado pela autoridade ou por qualquer do povo com o objetivo de incriminar o suposto agente. É uma prisão absolutamente ilegal, passível, ainda, de responsabilização penal e administrativa dos responsáveis (art. 9º da Lei de Abuso de Autoridade).

Exemplo: Plantar drogas na mochila do suspeito.

3.3. FLAGRANTE NAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CRIMES

3.3.1. Crimes permanentes

É o crime cuja ação se prolonga no tempo, durante todo o período o agente continua dominado o fato, tendo o poder de cessar o ilícito.

Enquanto não cessar a permanência a pessoa pode ser presa em flagrante (art. 303, CPP).

CPP

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

3.3.2. Crimes habituais

É o delito que exige a reiteração de determinada conduta. Exemplo: Manter casa de prostituição; exercício ilegal da medicina (art. 282 do CP).

*CP, art. 282: Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos.*

Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Prevalece que **não é possível a prisão em flagrante**, pois num ato isolado não seria possível comprovar a reiteração da conduta.

Em sentido contrário (Renato Brasileiro, Mirabete), a quem entenda que, dependendo do caso, pode ser possível.

3.3.3. Crimes de ação penal privada/ação penal pública condicionada à representação

É possível a prisão em flagrante, ficando a lavratura do APF condicionada à manifestação da vítima ou de seu representante legal.

O prazo para que a vítima manifeste seu interesse na persecução penal seria de 24 horas, após a prática delituosa. Utiliza-se como fundamento o prazo que a autoridade policial tem para lavrar o auto de prisão em flagrante.

3.3.4. Crimes formais

É o crime de consumação antecipada, onde não se exige o resultado.



Exemplo: Concussão (Art. 316 do CP), onde o recebimento indevido da vantagem é mero exaurimento.

A prisão em flagrante é possível, mas deve ser feita no momento da consumação (exigência da vantagem indevida) e não no momento do exaurimento do delito (recebimento da vantagem).

3.3.5. Crime continuado

É um benefício para o agente que pratica uma série de crimes nas mesmas situações.

Na continuidade delitiva cabe flagrante em cada crime ISOLADAMENTE, por isso é chamado de flagrante fracionado.

3.4. FASES DA PRISÃO EM FLAGRANTE

3.4.1. Captura

Verifica-se, aqui, se o agente está em situação de flagrância, nos termos do art. 302 do CPP.

Quando houver resistência do agente, é possível o emprego da força, desde que o faça de maneira moderada, bem como seja utilizado apenas dos meios necessários.

CPP, art. 292: Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto (auto de resistência) subscrito também por duas testemunhas.

Deve-se, prioritariamente, utilizar instrumentos de menor potencial ofensivo, os quais não se confundem com infrações de menor potencial ofensivo. Observe:



INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO	INSTRUMENTOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO
Infrações de competência do JECRIM (contravenções e crimes com pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a procedimento especial).	Instrumentos não letais que devem ser usados prioritariamente pelos órgãos de segurança pública. exemplo: arma de choque, spray de pimenta, cassetete, dentre outros.

Lei 13.060/14, art. 4º: Para os efeitos desta Lei, consideram-se instrumentos de menor potencial ofensivo aqueles projetados especificamente para, com baixa probabilidade de causar mortes ou lesões permanentes, conter, debilitar ou incapacitar temporariamente pessoas.

Salienta-se que o uso das algemas é um desdobramento natural da própria privação da liberdade de locomoção. Contudo, de acordo com a SV 11, a regra é que o indivíduo, ainda que preso, permaneça sem algemas, só podendo ser algemado quando houver resistência, fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia.

Súmula vinculante 11: Só é lícito o uso de algemas em caso 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 (auto de utilização de algemas), 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.

Críticas à súmula vinculante

Conforme Renato Brasileiro, a matéria não deveria ser disciplinada por súmula vinculante, que deve limitar-se às questões de direito e desde que haja sucessivas controvérsias - o uso de algemas é uma matéria eminentemente fática. Além disso, aqueles que sumularam a matéria não possuem conhecimento do dia a dia dos fóruns criminais.

Por fim, destaca-se o parágrafo único do art. 292 do CPP, que proíbe o uso de algemas em mulheres grávidas.

CPP, art. 292, parágrafo único: É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato (Incluído pela Lei n. 13.434/17)

3.4.2. Condução coercitiva

Após a prisão, a pessoa é conduzida de forma coercitiva

Há, em alguns dispositivos legais, a expressão “não se imporá prisão em flagrante (...)”. ou seja, não será preso em flagrante.

Vejamos





CTB, art. 301: Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

Lei 9.099/95, art. 69, parágrafo único: Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Lei 11.343/06, art. 48, § 2º: Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

3.4.3. Lavratura do auto de prisão em flagrante

Lavrado o auto de prisão em flagrante, o indivíduo não será necessariamente recolhido à prisão, tendo em vista que poderá ser cabível a fiança:

*CPP, art. 322: A autoridade policial (**Delegado de Polícia**) somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Salienta-se que o Delegado de Polícia só pode conceder fiança para quem foi preso em flagrante no caso de crime com pena máxima inferior a 4 anos, salvo nos casos do art. 24-A da Lei Maria da Penha em que a fiança será concedida pelo juiz.

Lei n. 11.340/06, art. 24-A: Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

(...)

§ 2º: Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

3.4.4. Recolhimento à prisão

Caso não seja concedida a fiança, haverá o recolhimento à prisão.

3.4.5. Comunicação da prisão ao Juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública

Antigamente, a comunicação ocorria de maneira documental. Ou seja, cópia do auto de prisão em flagrante era enviado ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública (caso o autuado não informasse o nome de seu advogado), nos termos do art. 306 do CPP.



CPP, art. 306: A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º: Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Atualmente, a comunicação acaba se concretizando na própria audiência de custódia.

A Lei também impõe que, ao indivíduo preso em flagrante, também seja entregue, mediante recebido, a chamada nota de culpa. Trata-se de um documento, entregue ao indivíduo preso, cientificando-o sobre os responsáveis por sua prisão e os respectivos, seguindo o disposto no art. 5º, LXIV, da CF. O termo “nota de ciência das garantias constitucionais” seria mais apropriado.

CPP, art. 306, § 2º: No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

CF, art. 5º, LXIV: o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

3.5. CONVALIDAÇÃO JUDICIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE

É o procedimento a ser observado pelo juiz quando da apresentação de flagranteado, segue o disposto no art. 310 do CPP.

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: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

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)

CS – PROCESSO PENAL I 2022 *§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito,*



deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

*§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*§ 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)*

3.6. POSTURAS DA AUTORIDADE JUDICIAL PERANTE O FLAGRANTE

3.6.1. Relaxamento da prisão em flagrante ilegal

A prisão em flagrante será ilegal e, conseqüentemente, deve ser relaxada quando houver:

- Inexistência de situação de flagrância (CPP, art. 302).
- Inobservância das formalidades constitucionais e/ou legais.

Salienta-se que a prisão em flagrante ilegal só pode ser relaxada pela autoridade judiciária competente.

Obs.: há quem entenda que o Delegado de Polícia também pode relaxar a prisão em flagrante ilegal. No entanto, trata-se de posição incorreta, em razão do que prevê a própria Constituição Federal

CF, art. 5º, LXV: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Há casos em que o Delegado de Polícia deixa de ratificar a voz de prisão em flagrante que fora dada pelos policiais militares, mas não é possível equipará-la ao relaxamento da prisão em flagrante.

Por fim, o relaxamento da prisão em flagrante não impede a decretação de cautelares, inclusive da própria prisão preventiva, tendo em vista que o juízo da legalidade da prisão em flagrante é distinto do juízo de necessidade das cautelares.

3.6.2. Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva

CPP, art. 310, 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).

O CPP faz referência apenas a prisão preventiva. A doutrina interpreta, porém, de maneira



extensiva o inciso II, afirmando que a conversão também pode se dar em prisão temporária (Lei 7.960/89), sobretudo porque ela é voltada exclusivamente para a fase investigatória (mais próxima da prisão em flagrante).

Destaca-se que a prisão em flagrante, por si só, não mais justifica que o indivíduo permaneça preso, deve ser convertida.

Indaga-se: o art. 313 também precisa ser observado para fins de conversão do flagrante em preventiva? Primeiramente, destaca-se que inciso II do art. 310 menciona apenas o art. 312 do CPP, não fazendo nenhuma referência ao art. 313. Vejamos:

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)

CPP, art. 313: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

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;

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;

Parágrafo único. 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". (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Em relação à indagação, há na doutrina duas correntes:

1ª C (minoritária): não há necessidade de observância. Trata-se de interpretação gramatical do art. 310, II, do CPP.

2ª C (majoritária): deve ser observado o art. 313. Não há diferença entre quem foi preso em flagrante e teve a prisão convertida em preventiva, para alguém que estava solto e teve sua prisão preventiva decretada. Portanto, em última análise trata-se de prisão preventiva.

Por fim, indaga-se: ao receber o auto de prisão em flagrante pode o juiz, de ofício, converter a prisão em preventiva?



Para a doutrina, não é possível, eis que a convalidação pelo juiz ocorre na fase investigatória, na qual ele não pode decretar medidas cautelares de ofício, sob pena de violação do sistema acusatório e da garantia da imparcialidade.

Diversamente, a jurisprudência entendia que era possível, tendo em vista que, ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante, já estaria sendo provocado.

STJ: “(...) Não é nula a decisão do Juízo singular que, de ofício, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos e fundamentos para a medida extrema, mesmo sem prévia provocação/manifestação do Ministério Público ou da autoridade policial. Exegese do art. 310, II, do CPP. Precedentes deste STJ. Habeas corpus não conhecido”. (STJ, 5ª Turma, HC 281.756/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 15/05/2014, Dje 22/05/2014).

STJ: “(...) ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL OU DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. (...) Independentemente de representação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, sempre que presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código Penal, ao receber o auto de prisão em flagrante, o Juiz deverá converter a custódia em prisão preventiva. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício. Habeas corpus não conhecido. (STJ, 5ª Turma, HC 280.980/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Dje 07/03/2014).

Após as mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime, tanto o STF quanto o STJ passaram a entender que o juiz não pode, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Não é possível a decretação “ex officio” de prisão preventiva em qualquer situação (em juízo ou no curso de investigação penal), inclusive no contexto de audiência de custódia, sem que haja, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310, II, do CPP, prévia, necessária e indispensável provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, § 2º, e do art. 311, ambos do CPP, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio ‘requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público’, não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação ‘ex officio’ do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, § 2º, e 311, significando que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP.

STJ. 5ª Turma. HC 590039/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2020.

STF. 2ª Turma. HC 188888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06/10/2020.



3.6.3. Concessão de liberdade provisória com ou sem fiança

Aqui, a liberdade provisória funciona como medida de contracautela. A prisão em flagrante já seria, por si só, uma medida cautelar, mas o juiz entende que não há necessidade de manter o indivíduo preso.

A liberdade provisória pode ser concedida com ou sem fiança, bem como aplicada com ou sem as cautelares diversas da prisão.

O art. 44 da Lei 11.343/06 proibia a concessão de liberdade provisória. Atualmente, não mais subsiste tal proibição, uma vez que os Tribunais Superiores entendem que a lei não pode vedá-la em abstrato.

STF: “(...) Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida”. (STF, Pleno, HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/05/2012).

Por fim, os crimes hediondos e equiparados são crimes inafiançáveis, conforme prevê a Constituição Federal. Portanto, a liberdade provisória será obrigatoriamente sem fiança. Contudo, poder-se-ia ter uma situação em que seria concedida ao autor de crime hediondo e equiparado uma liberdade provisória mais benéfica do que aquela que seria dada ao autor de um crime afiançável. Como solução, a liberdade provisória sem fiança deverá ser obrigatoriamente cumulada com as cautelares diversas da prisão.

3.7. NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Há divergência, vejamos:

- Doutrina majoritária – trata-se de prisão cautelar.
- Doutrina minoritária (Aury Lopes Júnior), após o advento da Lei 12.403/11, trata-se de uma medida precautelar.

Se a prisão em flagrante é legal poderá ser convertida em preventiva (medida cautelar) ou ser poderá ser concedida liberdade provisória (medida contracautelar). Perceba que, em ambos os casos, a prisão em flagrante será substituída por medidas cautelares. Portanto, a prisão em flagrante, por si só, não é uma prisão cautelar e não justifica a manutenção de alguém na prisão. Por isso, muitos afirmam que se trata de uma medida precautelar.

3.8. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO)

3.8.1. Previsão legal e cabimento

A audiência de custódia, também chamada de audiência de representação, por conta do art. 7º, §5º da CADH e ADI 5240, já era aplicada no Brasil, regulamentada pela Resolução 213 do CNJ (continua válida, naquilo que não houver incompatibilidade). Com o Pacote Anticrime, a audiência de custódia foi positiva do Código de Processo Penal, em seus arts. 310 e 287.



Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

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

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

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

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 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.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, **deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares**.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da





audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 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. Eficácia suspensa.

A audiência de custódia, pela Resolução do CNJ, deveria ser feita nos casos de prisão em flagrante e no cumprimento de mandado de prisão cautelar ou prisão definitiva. Apesar de o art. 310 do CPP, à primeira vista, dar a entender que deverá ser feita apenas no caso de prisão em flagrante, é preciso conjugar sua leitura com o art. 287 do CPP. Portanto, deverá realizada nos casos de prisão em flagrante e quando houver prisão decorrente de mandado de preventiva ou temporária.

3.8.2. Finalidades

Art. 287. Se a infração for inafiançável (*afiançável também*), 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 (*prisão preventiva ou prisão temporária*), para a realização de audiência de custódia. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

As finalidades principais da audiência de custódia são:

- Verificar eventuais maus-tratos.
- Conferir mais elementos para a convalidação judicial do flagrante (restrita aos casos de prisão em flagrante).

3.8.3. Presidência

Destaca-se que a audiência de custódia é presidida pelo juiz. Com o Pacote Anticrime, fica evidente que a competência para presidência da audiência de custódia é atribuição do juiz (das garantias - ainda com a eficácia suspensa).

Há entendimento de que a audiência de custódia poderia ser presidida pelo Delegado de Polícia, com base em uma interpretação da CADH (“presença de um juiz ou outra autoridade”). Contudo, trata-se de posição incorreta, já que o Delegado de Polícia ou o Ministério Público não tem o poder de exercer funções judiciais.

3.8.4. Conversão da audiência de custódia em audiência una de instrução e julgamento



A audiência de custódia, muitas vezes, é convertida em audiência una de instrução e julgamento, sendo até proferida sentença em alguns casos. Claramente, incompatível com o art. 8º, §2º, “c” as CADH que assegura prazo razoável para o exercício da ampla defesa.

O legislador não tratou, expressamente, acerca do tema no Pacote Anticrime. Porém, a partir do momento em que o CPP passou a prever o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento, não mais seria possível haver a conversão, uma vez que o juiz das garantias, que presidiu a audiência de custódia, estaria impedido para a instrução e julgamento do processo

3.8.5. Liberdade provisória proibida

O §2º do art. 310 do CPP veda a concessão de liberdade provisória quando o juiz verificar que o agente integra organização criminosa armada ou milícia, bem como quando portava arma de fogo de uso restrito.

Art. 310, § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares

Lembrar que não pode o legislador vedar peremptoriamente a liberdade provisória para determinados delitos, tendo em vista que necessariamente estaria criando uma prisão cautelar por força de lei. A análise da necessidade da prisão deve ser pelo juiz, no caso concreto, e não pelo legislador abstratamente.

Com isso, para que o §2º, do art. 310 do CPP sobreviva, a prisão preventiva deve ser feita de forma fundamentada, e não como mera referência ao dispositivo mencionado.

3.8.6. Não realização da audiência de custódia

O §3º, do art. 310 do CPP, determina que a autoridade que deixar de realizar a audiência de custódia, sem motivação idônea, responderá administrativa, civil e penalmente. Vejamos:

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:
(...).
§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

Diante disso, indaga-se: a não realização de audiência de custódia configura crime de abuso de autoridade?

1ªC – o parágrafo único do art. 9º da Lei 13.869/2019 não previu a não realização de custódia como crime de abuso de autoridade, por isso não poderá ser tipificado. Além disso, é possível conceder liberdade provisória, o que não causará prejuízo à pessoa presa.

2ªC – de fato a Lei de Abuso de Autoridade não previu a não realização de audiência de custódia. Contudo, o §4º prevê que transcorrido o prazo de 24h após o decurso do prazo em que deveria ter sido realizada a audiência de custódia (24h da prisão), a prisão passa a ser ilegal,



devendo ser relaxada. Perceba, portanto, que estaremos diante da hipótese prevista no inciso I, do parágrafo único, do art. 9º da Lei 13.869/2019.

Conclui-se, assim, que o crime, em si, não seria a não realização da audiência de custódia, mas sim o fato da não realização da audiência de custódia acarretar a ilegalidade da prisão, e o juiz se omitir quanto ao dever de relaxamento.

De acordo com o entendimento do STF:

A ausência da realização da audiência de custódia qualifica-se como causa geradora da ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento da privação cautelar da liberdade. Se o magistrado deixar de realizar a audiência de custódia e não apresentar uma motivação idônea para essa conduta, ele estará sujeito à tríplice responsabilidade, nos termos do art. 310, § 3º do CPP. STF. HC 188888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 6/10/2020 (Info 994).

Entende o STF que a audiência de custódia é um direito subjetivo.

A audiência de custódia (ou de apresentação) constitui direito público subjetivo de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu, já incorporadas ao direito positivo interno (Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Traduz prerrogativa não suprimível assegurada a qualquer pessoa. Sua imprescindibilidade tem o beneplácito do magistério jurisprudencial (ADPF 347 MC) e do ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução 213/2015 do CNJ). STF. HC 188888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 6/10/2020 (Info 994).

Tanto o STF quanto o STJ entendem que a não realização da audiência de custódia é mera irregularidade. Nesse sentido:

A falta de audiência de custódia constitui irregularidade, não afastando a prisão preventiva, no caso de estarem atendidos os requisitos do art. 312 do CPP e observados direitos e garantias versados na Constituição Federal. STF. 1ª Turma. HC 202260 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 30/08/2021.

A ausência de realização de audiência de custódia é irregularidade que não conduz à automática revogação da prisão preventiva, cabendo ao juízo da causa promover análise acerca da presença dos requisitos autorizadores da medida extrema. STF. 2ª Turma. HC 198896 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 14/06/2021.

A conversão do flagrante em prisão preventiva torna superada a alegação de nulidade relativamente à falta de audiência de custódia. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 669.316/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 08/06/2021.

A questão da nulidade decorrente da não realização da audiência de custódia encontra-se superada pela conversão da prisão em flagrante em preventiva. Assim, eventuais irregularidades do flagrante ficam superadas pelo Decreto de prisão preventiva. STJ. 5ª Turma. HC 708.905- MG. Rel. Min. Jesuíno



Rissato, julgado em 14/12/2021.

A não realização de audiência de custódia no prazo de 24 horas não acarreta a automática nulidade do processo criminal, assim como que a conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, ficando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem. STJ. 6ª Turma. RHC 154.274/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/12/2021.

3.8.7. Ilegalidade da prisão em flagrante

Observe a redação do §4º do art. 310 do CPP:

*§ 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) **Eficácia suspensa***

Se em até 48h (24h do caput + 24h do §4º), após a prisão, não havendo motivação idônea, não for realizada a audiência de custódia, a prisão se tornará ilegal

Salienta-se que em sede de apreciação de cautelar nos autos da ADI n. 6.305 (j. 22/01/2020), o Min. Luiz Fux concedeu a medida requerida para suspender sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (CPP, art. 310, incluído pela Lei n. 13.964/19). Nas palavras do Ministro:

“(...) não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão. Esse ponto desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte, que muitas vezes incluem grande número de cidadãos residentes em diferentes estados do país. A categoria aberta ‘motivação idônea’, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura aos magistrados para a aplicação do dispositivo”

3.8.8. (Im) possibilidade de realização de audiência de custódia por videoconferência

Conforme lecionada Renato Brasileiro, a audiência de custódia nada mais é do que uma audiência realizada sem demora após a prisão do indivíduo, para permitir o seu contato, não apenas com seu defensor e com o representante do MP, mas principalmente com a autoridade judiciária, a fim de que sejam respeitadas as garantias e os direitos fundamentais da pessoa privada de sua liberdade.

Importante consignar que conforme o entendimento do Ministro Fachin (AGR na RCL 29303), a audiência de custódia é aplicada não apenas nos casos de prisão em flagrante, como também para os casos de preventiva, temporária e de prisão penal.

Em relação à possibilidade da realização da audiência de custódia por videoconferência, há



divergência na doutrina. Vejamos:

1ªC – entende que jamais será possível a realização de audiência de custódia por videoconferência, tendo em vista que esvaziaria seu objetivo. Seus defensores sustentam que não seria possível, por exemplo, verificar a ocorrência de eventuais maus tratos se a pessoa estive no estabelecimento penal, como poderia comunicar à autoridade judiciária estando com seus algozes.

2ªC – sustenta que em casos excepcionais não há como se negar a possibilidade de videoconferência.

O §1º, do art. 3º-B do CPP (ainda com a eficácia suspensa), apesar de não usar a terminologia audiência de custódia, refere-se ao instituto, vedando a sua realização por videoconferência.

Art. 3º-B. §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.

O dispositivo havia sido vetado pelo Presidente da República, sob o seguinte argumento “a propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77.580/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando a regra do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei n. 13.707, de 2018)”

Diante do veto presidencial, passou-se a admitir a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência (prevaleceu a segunda corrente). Nesse sentido, o Enunciado 32 do CNPG e do GNCCRIM:

En. 32 – Em razão do veto presidencial ao §1º do art. 3º-B (que proibia a realização do ato por videoconferência), nos casos em que faça inviável a realização presencial do ato (devidamente fundamentada) faculta-se o uso de meios tecnológicos.

Obs.: O STJ, no CC 168.522, entendeu que a prisão em outra localidade – quando expedido mandado de prisão – não autoriza a realização da audiência de custódia por videoconferência. Neste caso, a realização do ato deve ser feita perante o juiz da localidade da prisão. Muitos doutrinadores utilizam esta decisão do STJ como um precedente para a proibição da realização por videoconferência, contudo tal entendimento é equivocado, tendo em vista que foi proferida ANTES do Pacote Anticrime. Segundo Renato Brasileiro, após o Pacote Anticrime ocorreu um overruling em relação a decisão do STJ, já que uma norma superior passou a disciplinar o tema.



Com o surgimento da pandemia da Covid-19, em julho de 2020, o CNJ editou a Resolução 329/2020, posteriormente, alterada pela Resolução 356/2020 (novembro de 2020), em que se admitia a realização de audiência de custódia por videoconferência.



Art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. (redação dada pela Resolução n. 357/2020)

§ 1º Será garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação. (redação dada pela Resolução n. 357/2020)

§ 2º Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal, deverão ser tomadas as seguintes cautelas: (redação dada pela Resolução n. 357/2020)

I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, devendo permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, observada a regra do § 1º e ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente; (redação dada pela Resolução n. 357/2020)

II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato; (redação dada pela Resolução n. 357/2020)

III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta; e (redação dada pela Resolução n. 357/2020)

IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato. (redação dada pela Resolução n. 357/2020)

§ 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não

persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal. (redação dada pela Resolução n. 357/2020)

§ 4º As salas destinadas para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência poderão ser fiscalizadas pelas corregedorias e pelos juízes que presidirem as audiências. (redação dada pela Resolução n. 357/2020).

Em 19 de abril de 2021, o Congresso Nacional derruba o veto presidencial, sendo reintroduzido ao nosso ordenamento jurídico a proibição da realização da audiência de custódia por videoconferência.

Diante disso, indaga-se: terá maior valor o art. 3º-B, §1º do CPP ou a resolução do CNJ? Obviamente, o art. 3º-B, §1º do CPP prevalece, portanto, a partir da entrada em vigor da derrubada do veto, não mais seria possível a realização da audiência de custódia por videoconferência. Contudo, conforme mencionado acima, a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP está suspensa.



Perceba que o veda foi derrubado, mas a eficácia está suspensa, não há como, no entendimento de Renato Brasileiro, impedir que seja aplicada a Resolução 329/2020 do CNJ para a realização da audiência de custódia, pelo menos em casos excepcionais, por meio de videoconferência.

Em 28 de junho de 2021, o Ministro Nunes Marques concedeu parcialmente liminar na ADI 6.841 para autorizar audiências de custódia por videoconferência, enquanto perdurar a epidemia da Covid-19. Para o ministro, fazer audiência presencial no atual contexto coloca em risco os direitos fundamentais à vida e à integridade física de todos os participantes do ato, inclusive do próprio preso.

4. PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO TEMPORÁRIA

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Optamos por tratar da prisão preventiva e da prisão temporária em um mesmo tópico, a fim de que seja melhor visualizado suas semelhanças e suas diferenças. Para isso, iremos fazer quadro comparativo e, abaixo, apontamentos sobre as peculiaridades de cada uma.

4.2. CONCEITO

A prisão temporária e a prisão preventiva são espécies de prisão cautelar, não havendo, aqui, nenhuma polêmica.

Obs.: Não esquecer da divergência que envolve a prisão em flagrante. Parte da doutrina sustenta que se trata de uma prisão cautelar. De outra banda, há doutrina que afirma tratar-se de uma medida precautelar, principalmente, após o advento da Lei 12.403/11.

4.3. PREVISÃO LEGAL

TEMPORÁRIA	PREVENTIVA
Encontra-se na Lei 7.960/89, instituída pela conversão da Medida Provisória 111/89	Encontra-se nos arts. 311 a 316 do CPP, os quais foram alterados pela Lei 12.403/11

4.3.1. Prisão temporária

Alguns doutrinadores (Paulo Rangel) sustentam que a Lei 7.960/89, por ter sua origem em uma MP, estaria contaminada por uma inconstitucionalidade formal, pois a competência para legislar sobre direito processual penal é privativa da União (CF, art. 22, I), não podendo jamais ser objeto de medida provisória.

A inconstitucionalidade da Lei 7.960/89 foi questionada no STF por meio da ADI 162. Para o STF, a Lei da prisão temporária não seria originária da conversão da Medida Provisória, mas regularmente aprovada pelo Congresso Nacional e, por isso, não haveria nenhuma inconstitucionalidade.

Obs.: Em 2001, a Constituição Federal foi alterada pela EC n. 32/01, que passou a vedar expressamente a edição de medidas provisórias sobre direito processual penal.

Salienta-se que a prisão temporária foi criada para pôr fim à prisão para averiguações, que



foi adotada, por muitos anos, pelas autoridades incumbidas pela persecução penal. Tratava-se de uma prisão efetuada para se verificar se não haveria nada contra um indivíduo, não dependendo de ordem judicial. Por esse motivo, não encontrava acolhida em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que não se pode admitir a privação da liberdade de locomoção sem que haja uma ordem judicial, salvo nos casos de prisão em flagrante.

Com isso, criou-se uma espécie de prisão cautelar voltada para as investigações, contudo, diversamente da prisão para averiguações, sua decretação estaria condicionada à autorização jurisdicional prévia.

4.3.2. Prisão Preventiva

Destaca-se que há referência à prisão preventiva em outros diplomas normativos, a exemplo da Lei Maria da Penha, da Lei de Falências. Contudo, sua decretação sempre estará condicionada à observância dos requisitos do CPP.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Art. 313. Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

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](#);

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;

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos [incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#). [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)



Cadernos Sistematizados

 @cadernossistematizados  contato@cadernossistematizado.com

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

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. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

4.4. MOMENTO

TEMPORÁRIA	PREVENTIVA
Fase investigatória (tanto em relação ao inquérito policial quanto a outros procedimentos investigatórios). Obs.: Não se admite na fase processual.	Tanto na fase investigatória quanto na fase judicial

4.4.1. Prisão Temporária

Apenas na fase investigatória.

Salienta-se que após o prazo da temporária não há como manter a prisão, devendo, se for o caso, ser convertida em preventiva.

4.4.2. Prisão Preventiva

A prisão preventiva é mais ampla que a prisão temporária, uma vez que pode ser decretada na fase investigatória e na fase processual.

Destaca-se que na fase processual poderá ser decretada até o trânsito em julgado. Além disso, parte da doutrina entende que a prisão preventiva seria cabível na fase investigatória apenas em relação aos crimes que não admitem prisão temporária.

Indaga-se: é cabível prisão preventiva durante a fase investigatória para um crime de homicídio qualificado? Há doutrinadores que entendem que não, tratando de um entendimento acertado, segundo o Renato Brasileiro. O crime de homicídio qualificado é crime hediondo, admitindo-se a decretação de prisão temporária, que pode perdurar por até 60 dias. Assim, caso o crime admita a prisão temporária, ela seria a única prisão cautelar passível para esse delito durante a fase investigatória. Por consequência, a prisão preventiva só seria cabível, durante a fase investigatória, para os crimes que não admitem a prisão temporária. Ainda se trata de posição minoritária (foi cobrada na prova de Delegado da Bahia)

4.5. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO EX OFFICIO

TEMPORÁRIA	PREVENTIVA
Não pode ser decretada de ofício.	Após o Pacote Anticrime, não pode ser decretada de ofício nem na fase investigatória e nem na fase processual.

4.5.1. Prisão Temporária

Como se trata de prisão cautelar passível de decretação EXCLUSIVAMENTE durante a fase investigatória, não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Depende de provocação da autoridade policial ou do Ministério Público

4.5.2. Prisão Preventiva

Antes do Pacote Anticrime tínhamos a seguinte divisão:

- Fase investigatória - não pode ser decretada de ofício.
- Fase processual - pode ser decretada de ofício.

CPP, art. 311: Em qualquer fase da investigação ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Após o advento do Pacote Anticrime não mais se admite a decretação da prisão de ofício na fase processual. Vejamos a nova redação do art. 311 do CPP.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

O que acontece se o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (sem requerimento)?

- Regra: a prisão deverá ser relaxada por se tratar de prisão ilegal.
- Exceção: se, após a decretação, a autoridade policial ou o Ministério Público requererem a prisão, o vício de ilegalidade que maculava a custódia é suprido (convalidado) e a prisão não será relaxada.

O posterior requerimento da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à prisão preventiva suprem o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento. STJ. 5ª Turma. AgRg RHC 136.708/MS, Rel. Min. Felix Fisher, julgado em 11/03/2021 (Info 691).

4.6. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE

TEMPORÁRIA	PREVENTIVA
Art. 1º, III, da Lei 7.960/89 (rol taxativo), combinado com o art. 2º, §4º da Lei 8.078/90.	Devem ser observados os pressupostos alternativos do 313 do CPP.

4.6.1. Prisão Temporária

Há um rol taxativo de delitos que admitem a prisão temporária, ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva, em que o legislador não se refere a determinado crime, mas sim aponta de maneira genérica seus requisitos.



Lei n. 7.960/89, art. 1º: Caberá prisão temporária:

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);*
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);*
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);*
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);*
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);*
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);*
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único) - o art. 214 foi revogado, mas não há falar em 'abolitio criminis', já que o que era antes atentado violento ao pudor simplesmente migrou para a nova redação do artigo 213;*
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único) - o artigo 219 foi revogado pela Lei n. 11.106/05. O rapto violento migrou para o crime de sequestro ou cárcere privado, previsto no artigo 148, § 1º, V;*
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);*
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);*
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal - a Lei n. 12.850/13 alterou a denominação do artigo 288, passando a chamar 'associação criminosa';*
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;*
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);*
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).*

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).

A prisão temporária, além dos crimes visto acima, também é cabível para crimes hediondos e equiparados, a exemplo do estupro de vulnerável.

Lei 8.072/90, art. 2º, § 4º: A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo [hediondos e equiparados], terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade" (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007).

4.6.2. Prisão Preventiva

É necessário verificar se um dos incisos ou o parágrafo único do art. 313 do CPP está presente (pressupostos alternativos):

CPP, art. 313: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

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;

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;

IV - (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)

A seguir iremos analisar cada um dos incisos, bem como o parágrafo único.

a) Inciso I

O inciso I é claro ao dizer que a prisão preventiva será cabível em relação a crimes. Portanto, aqui, não é cabível em se tratando de contravenção.

Além disso, o crime deve ser doloso. Assim, caso o crime tenha natureza culposa, não se admitirá a preventiva, pelo menos com base no inciso I.

O crime doloso deve ser punido com pena máxima superior a 4 anos. Desta forma, a pena máxima não pode ser igual a 4 anos. Isso ocorre porque quando alguém é condenado e, o crime em questão tem pena máxima superior a 4 anos, não será cabível pena restritiva de direito (CP, art. 44). Por isso, não faz sentido prender preventivamente, durante o processo, alguém que ao final será beneficiado com pena restritiva de direito.

b) Inciso II

O inciso II faz referência ao reincidente, ou seja, aquele que pratica um novo crime já tendo à época uma sentença condenatória transitada em julgada, pouco importando a natureza dos crimes em questão. Contudo, o legislador especificou a natureza do crime deve ser dolosa. Assim, o indivíduo deve ser um reincidente específico em crime doloso.

À semelhança do inciso I, não cabe prisão preventiva caso se trate de contravenção. Ademais, não é cabível se o crime em questão tiver natureza culposa.

O inciso II não faz referência à pena máxima cominada ao delito, pouco importa o *quantum* de pena.

Obs.: De acordo com o STF, reincidência é constitucional (RE 453.000). Pode ser usada não apenas como circunstância agravante, mas também como um critério que diferencia os acusados, inclusive para fins de cabimento da prisão preventiva, em razão do juízo de periculosidade.

c) Inciso III.

As medidas protetivas de urgência estão previstas na Lei 11.340/06. A rigor, deveriam ser aplicadas apenas à vítima mulher. Ao longo dos anos, e, principalmente, quando ainda não havia

no CPP as cautelares diversas da prisão, passaram a ser adotadas sempre que a vítima fosse pessoa vulnerável (criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência). Perceba que o inciso III conferiu maior grau de coercibilidade às medidas protetivas de urgência

À semelhança dos incisos anteriores, não é cabível quanto às contravenções penais.

Apesar de o inciso III não fazer nenhuma distinção quanto à natureza do crime, por mencionar “violência doméstica e familiar”, conclui-se que o crime somente pode ser doloso. Trata-se da violência de gênero, aproveita-se da situação de vulnerabilidade da vítima para praticar contra ela algum tipo de violência (física, patrimonial, sexual, psicológica e moral).

Salienta-se que a violência doméstica e familiar depende da presença de dois requisitos cumulativos, previstos na Lei 11.340/06:

- Art. 5º (contextos de violência) - unidade doméstica, unidade familiar ou qualquer relação íntima de afeto, independentemente de coabitação.
- Art. 7º (formas de violência) - física, patrimonial, sexual, psicológica e moral.

Nos termos do inciso III, a violência doméstica e familiar pode ser cometida contra:

- Mulher
- Criança - pessoa até doze anos de idade incompletos (ECA).
- Adolescente - pessoa entre doze e dezoito anos de idade (ECA).
- Idoso - pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos (Estatuto do Idoso).
- Enfermo – não há definição normativa, demanda interpretação
- Pessoa com deficiência - aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, nos termos do art. 2º, da Lei 13.146/15.

Aqui, pouco importa o *quantum* de pena, ao contrário do inciso I que exige pena máxima superior a 4 anos. Ainda que a pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos, será cabível a prisão preventiva.

Indaga-se: o mero descumprimento da medida protetiva de urgência autoriza a decretação da prisão preventiva? Os Tribunais superiores entendem que o mero descumprimento não autoriza, por si só, a prisão preventiva. Para além do descumprimento, é necessário demonstrar a presença de uma das hipóteses do artigo 312 do CPP, que traz a ideia de *periculum libertatis*.

STJ: “(...) Muito embora o art. 313, IV [III], do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006, admita a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, a adoção dessa providência é condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma. É imprescindível que se demonstre, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem pública, da ordem econômica (Segundo Renato, não é um pressuposto para os crimes cometidos com violência doméstica e familiar. Errou o STJ), por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sem o que não se mostra razoável a privação da liberdade, ainda que haja descumprimento de medida protetiva de urgência, notadamente em se tratando de delitos punidos com pena de detenção. Ordem concedida”. (STJ, 6ª Turma, HC 100.512/MT, Rel. Min. Paulo Gallotti, Dje 23/06/2008).

d) Parágrafo §1º

Segundo Renato Brasileiro, o dispositivo refere-se à condução coercitiva para fins de identificação, tanto que prevê que o preso será colocado imediatamente em liberdade após a identificação.

Como visto no estudo sobre interrogatório, a decisão do STF proibindo a condução coercitiva era apenas para fins de interrogatório. Se o indivíduo está protegido pelo direito ao silêncio, não faz sentido conduzi-lo coercitivamente para fins de interrogatório. Em nenhum momento, o Supremo vedou a condução coercitiva para outras finalidades não protegidas pelo direito ao silêncio.

Diferentemente dos incisos anteriores, o parágrafo único não faz nenhuma referência quanto à natureza do delito. Por isso, conforme a doutrina, a condução coercitiva para fins de identificação seria cabível tanto em relação aos crimes dolosos ou culposos como também em relação às contravenções penais, independentemente do *quantum* de pena cominado. Pois a condução coercitiva, para fins de identificação, tem que ser cabível para todo e qualquer delito, uma vez que o Estado tem o dever de identificação.

Salienta-se que prisão preventiva é espécie de medida cautelar, decretada pelo juiz para salvaguardar a eficácia do processo principal. Por exemplo, o acusado ameaça testemunha, está pensando em fugir, decreta-se sua prisão preventiva. Contudo, a prisão preventiva **já** pode ser utilizada com a finalidade de cumprimento de pena pelo acusado.

Art. 313, § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

4.7. PRESSUPOSTOS

TEMPORÁRIA	PREVENTIVA
<i>Fumus comissi delicti</i> (art. 1º, III da Lei 7.960/89) e <i>periculum libertatis</i> (art. 1º, I ou II, da Lei 7.960/89)	<i>Fumus comissi delicti</i> (prova da existência do crime + indícios de autoria) e <i>periculum libertatis</i> (garantia da ordem pública ou econômica, garantia da aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal)

4.7.1. Prisão Temporária

A doutrina afirma que o inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89 deverá sempre estar presente, ora combinado com o inciso I ora combinado com o inciso II.

Lei n. 7.960/89, art. 1º: Caberá prisão temporária:
I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes (e hediondos e equiparados):

4.7.2. Prisão Preventiva

Fumus comissi delicti trata-se da fumaça do cometido do delito. Não faz sentido prender,

preventivamente, uma pessoa caso não subsista um mínimo de substrato de que um delito teria sido praticado e que aquela pessoa teria sido sua autora ou partícipe.

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



Cadernos Sistematizados

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

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)

Periculum libertatis trata-se do perigo que a permanência do acusado em liberdade representa para aplicação da lei penal, para as investigações e para segurança da própria coletividade.

Sempre se exigiu, para a decretação da prisão preventiva, o *periculum libertatis*. O Pacote Anticrime positivou tal entendimento no art. 312 ao utilizar a expressão “e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

Os Tribunais Superiores já adotavam o Princípio da Atualidade/Contemporaneidade para a decretação da prisão preventiva, ou seja, a situação de perigo gerada pela liberdade do imputado deve ser atual/contemporânea, não baseada em fatos do passado. A parte final do §2º do art. 312 do CPP reforça tal entendimento

Quanto à existência do delito, o legislador exige a presença de prova (juízo de certeza), é necessária a convicção do juiz. Em relação à autoria, o legislador usa a palavra “indício”, com o significado de prova semiplena (prova de menor valor persuasivo).

A seguir iremos analisar cada uma das quatro hipóteses de *periculum libertatis*, são alternativas (pode ser decretada apenas com base em uma delas).

a) **Garantia da ordem pública.**

Em relação à garantia da ordem pública, há duas correntes.

1ª C (minoritária) - não tem natureza cautelar, eis que o legislador estaria emprestando à prisão cautelar uma finalidade extraprocessual, qual seja: segurança pública. Acabaria tendo uma finalidade de prevenção geral.

2ª C – Entende que é o risco de reiteração delituosa, ou seja, caso não seja preso o agente irá continuar delinquindo. Ganhou reforço com a redação do art. 282, I, *in fine* (evitar a prática de infrações penais).

Obs.: o fato de o indivíduo ser primário não impede a decretação da prisão preventiva.

3ª C (minoritária) - É o risco de reiteração delituosa somado ao clamor social provocado pelo

delito. O Poder Judiciário estaria obrigado a decretar a prisão porque a permanência do indivíduo em liberdade causaria o seu descrédito (sentimento de impunidade perante a sociedade).

A jurisprudência não compartilha desse entendimento, afirmando que o clamor social provado pelo delito não autoriza, por si só, a decretação da prisão preventiva:

STF: “(...) O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. (...)”. “(...) A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública”. (STF, 2ª Turma, HC 80.719/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/09/2001).

b) Garantia da ordem econômica

Trata-se do risco de reiteração delituosa, porém em relação a crimes contra a ordem econômico-financeira.

Atenção para o art. 30 da Lei 7.492/86:

Lei n. 7.492/86, art. 30: Sem prejuízo do disposto no art. 312 do CPP, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.

Indaga-se: a magnitude da lesão causada, por si só, autoriza a decretação da prisão preventiva? A jurisprudência entende que a magnitude da lesão causada, por si só, não autoriza a decretação da prisão preventiva. Para ser decretada a prisão, a magnitude da lesão causada deve ser somada a uma das hipóteses do art. 312 do CPP, somente assim a prisão será legítima.

STF: “(...) verificados os pressupostos estabelecidos pela norma processual (CPP, art. 312), coadjuvando-os ao disposto no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que reforça os motivos de decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada, não há falar em revogação da medida acautelatória. A necessidade de se resguardar a ordem pública revela-se em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas. 5. Habeas Corpus indeferido”. (STF, Pleno, HC 80.717/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 05/03/2004).

c) Garantia de aplicação da lei penal

É o risco concreto de que o acusado pretende fugir, inviabilizando um futuro cumprimento de pena.

Salienta-se que os Tribunais Superiores exigem um risco concreto de que o acusado irá fugir, consistindo no grande problema dessa hipótese.

Importante consignar que os Tribunais Superiores entendem que a ausência momentânea não se confunde com fuga, não sendo hipótese capaz de autorizar a prisão preventiva.

STF: “(...) PRISÃO CAUTELAR E EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. - A mera evasão do distrito da culpa – seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu”. (STF, 2ª Turma, HC 89.501/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/03/2007).

Atenção! Prisão de estrangeiros não residentes no Brasil nas hipóteses em que houver acordo de assistência judiciária.

Durante anos, quando a situação envolvia estrangeiro não residente no Brasil, a prisão preventiva era praticamente automática, com base na garantia de aplicação da lei penal. Atualmente, essa ideia está caindo, em razão dos acordos de assistência judiciária, os quais possibilitam a condenação no Brasil e a execução da pena no País de origem. Diante disso, não haveria mais necessidade de se decretar a prisão preventiva.

STF: “(...) PROCESSO-CRIME - ESTRANGEIRO NÃO RESIDENTE NO BRASIL - TRATADO BRASIL-ESPANHA. Prevendo o Tratado celebrado entre o Brasil e a Espanha a troca de presos, inexistente óbice ao retorno do acusado ao país de origem. Conforme versado no referido tratado, inserido na ordem jurídica nacional mediante o Decreto nº 2.576/98, mostra-se possível executar na Espanha eventual título condenatório formalizado pelo Judiciário pátrio”. (STF, 1ª Turma, HC 91.690/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 18 01/02/2008).

d) Conveniência da instrução criminal

Visa impedir que o agente destrua as fontes de prova (ameaça testemunhas, destrói documentos).

De acordo a doutrina, “conveniência” é uma terminologia inadequada, não se pode prender alguém porque a prisão é conveniente. O correto seria utilizar a expressão “necessidade”.

Por fim, destaca-se que tanto a prisão temporária quanto a prisão preventiva funcionam como medidas de *ultima ratio*. De acordo com alguns doutrinadores, isso seria mais um requisito para a decretação das prisões cautelares. Em suma, a decretação da prisão só seria possível caso demonstrado que as cautelares diversas da prisão não são capazes de produzir o mesmo efeito desejado.

4.8. PRAZO

TEMPORÁRIA	PREVENTIVA
Em regra, 5 dias prorrogáveis por igual período. Tratando-se de crimes hediondos, será de 30 dias prorrogáveis por mais 30 dias.	Em regra, não há prazo determinado, mas se deve reavaliar a sua necessidade a cada 90 dias.

4.8.1. Prisão Temporária

Perceba que o prazo da prisão temporária é determinado. Para:

- Crimes comuns - 5 dias, prorrogáveis por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.
- Crimes hediondos - 30 dias, prorrogáveis por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Salienta-se que se trata de um prazo máximo ou limite, mas o juiz não está obrigado a sempre usá-lo por inteiro. Apenas não é permitido ultrapassá-lo.

Por fim, decorrido o prazo, o indivíduo é posto em liberdade, salvo se tiver havido a conversão em prisão preventiva. Não há a necessidade de alvará de soltura, deve ser colocado em liberdade de forma automática ao fim do prazo.

4.8.2. Prisão Preventiva

Em regra, a prisão preventiva não tem prazo predeterminado, salvo no caso do art. 22 da Lei 12.850/13.

Lei 12.850/13, art. 22: Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal, observado o disposto no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis por igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

Perceba que o parágrafo único não menciona explicitamente a prisão preventiva, mas a cita implicitamente. A instrução criminal é a fase do processo destinada à colheita de provas e, portanto, a prisão mencionada no dispositivo somente pode ser a preventiva, já que não cabe prisão temporária na fase processual, bem como ninguém pode estar preso em flagrante durante a fase processual. Portanto, se o indivíduo estiver preso preventivamente, essa prisão não poderá ultrapassar o prazo de 120 dias, prorrogáveis por igual período.

Nada obstante, devem ser observados os prazos previstos em leis para a prática dos atos processuais, sob pena de excesso de prazo na formação da culpa e consequente relaxamento da prisão preventiva. Ou seja, apesar de não haver prazo predeterminado, os Tribunais entendem que isso não significa dizer que o indivíduo possa permanecer preso *ad aeternum*, tendo em vista que o CPP prevê prazos para a prática dos diversos atos processuais, inclusive prazos menores quando o indivíduo está preso (inquérito policial, oferecimento da denúncia).

Quando esses prazos para o cumprimento dos atos processuais fossem descumpridos dar-se-ia o excesso de prazo na formação da culpa, ou seja, o Estado teria se excedido quanto ao prazo durante a instrução desse processo (formação da culpa). Consequentemente, a prisão preventiva tornar-se-ia ilegal, devendo ser objeto de relaxamento. Além disso, é a própria CF que preceitua que a prisão ilegal deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente. Essa ideia ganhou reforço com a EC 45/04, com o acréscimo da garantia da razoável duração do processo.

Sobre o excesso de prazo na formação da culpa observe:

Súmula 64 STJ - Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Súmula 21 STJ - Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

Súmula 52 STJ - Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de

As Súmulas 21 e 52 vêm sendo relativizadas, eis que passam a impressão de que a garantia da razoável duração do processo se estende até a pronúncia ou até o encerramento da instrução. De acordo com os Tribunais, é possível o reconhecimento do excesso de prazo mesmo após a pronúncia ou após o encerramento da instrução criminal.

Observe as hipóteses em que os Tribunais Superiores têm reconhecido o excesso de prazo na formação da culpa:

- Mora processual causada por diligência suscitadas exclusivamente pela acusação
- Mora processual causada pela inércia do Poder Judiciário
- Mora processual incompatível com o princípio da razoabilidade (ex.: prisão há mais de 2 anos sem que tivesse o julgamento em primeira instância).

Por fim, entende o STF (AgRg no HC 199.238) que a complexidade da causa e o caráter multitudinário do processo, justificam uma maior duração do processo, salvo quando eventual retardamento se dê em virtude da inércia do Poder Judiciário.

4.9. OBRIGATORIEDADE DE REVISÃO PERIÓDICA DA NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Geralmente, no Brasil, há uma perpetuação da prisão preventiva, sem que seja reavaliada a necessidade da prisão. Até 2019, não havia regra positivada acerca da reavaliação, a situação muda com o advento do Pacote Anticrime que prevê revisão periódica a cada 90 dias.

ANTES DA LEI 13.964/2019	APÓS A LEI 13.964/2019
Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.	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. 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.

A obrigatoriedade de revisão periódica, segundo Renato Brasileiro, deve ser interpretada extensivamente para que seja aplicada às cautelares diversas da prisão.

O dever de revisar a necessidade de manutenção da medida será do juiz, enquanto não esgotado a sua jurisdição. Assim, caso seja interposta uma apelação, por exemplo, a reavaliação deverá ser feita pelo respectivo tribunal.

Na revisão periódica acerca da necessidade da medida, o juiz poderá se valer dos mesmos fundamentos, quando a situação permanecer a mesma.

Por fim, não havendo revisão periódica a prisão tornar-se-á ilegal. Diversamente, prevê o enunciado 35 do CNPG que não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas sim o direito de ter os requisitos de sua preventiva reavaliados.

Enunciado nº 35, CNPG: o esgotamento do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas direito ao reexame dos pressupostos fáticos da prisão preventiva. A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente.

O STF possui entendimento no mesmo sentido:

A inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos. STF. Plenário. SL 1395 MC Ref/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14 e 15/10/2020 (Info 995).

4.10. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA

A decisão que decreta a prisão preventiva, como decisão judicial que é, está sujeita ao art. 93, IX da CF, devendo, obrigatoriamente, ser fundamentada.

CF Art. 93, 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

De acordo com Ferrajoli, a fundamentação da prisão preventiva é uma garantia de segundo grau, tendo em vista que apenas quando a decisão for fundamentada será possível observar se houve respeito a outras garantias asseguradas aos acusados, tais como a ampla defesa, o contraditório, o direito ao silêncio.

Antigamente, entendia-se que a fundamentação possuía apenas uma finalidade endoprocessual (dentro do processo), a fim de que as partes soubessem as razões que motivaram o juiz a decidir. Atualmente, a fundamentação também possui finalidade extraprocessual (fora do processo), com o intuito de conferir legitimidade da decisão perante a sociedade.

Para acabar com a decretação da preventiva sem fundamentação (“com base na garantia da ordem pública”, por exemplo), o Pacote Anticrime alterou a redação do art. 315 do CPP e passou a prever (§2º) o que não será considerada uma decisão motivada.

ANTES DA LEI 13.964/2019	APÓS A LEI 13.964/2019
Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.	Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;



Cadernos Sistematizados

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

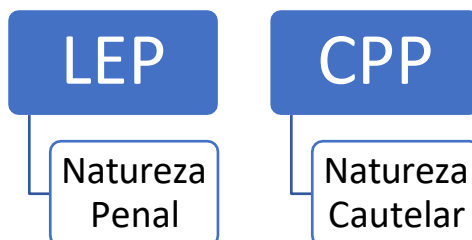
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A fundamentação *per relacionem* ou aliunde é aquela em que o juiz cita a manifestação de outrem (delegado, promotor, defensor), poderá ser feita, desde que a manifestação utilizada seja fundamentada pelo juiz.

Importante consignar que a fundamentação da preventiva deve mencionar dispensa do contraditório prévio, decretação como *ultima ratio* e, ainda, a contemporaneidade.

5. PRISÃO DOMICILIAR

Está prevista na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal:



Obs.: acordos de colaboração premiada têm sido celebrados com a concessão de prisão domiciliar. De acordo com Renato Brasileiro, não há previsão legal para a concessão da prisão domiciliar como benefício de acordo de colaboração premiada.

LEP art. 117 - Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto (prisão penal) em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.



CPP, art. 317: A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

CPP, art. 318: Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV – gestante (redação dada pela Lei n. 13.257/16);

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (incluído pela Lei n. 13.257/16)

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (incluído pela Lei n. 13.257/16).

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo” (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Note que o Código de Processo Penal menciona que a prisão preventiva será substituída por prisão domiciliar.

Indaga-se: a prisão temporária pode ser substituída? Segundo o Renato Brasileiro, não, pois, aqui, deve haver interpretação gramatical. Além disso, a prisão preventiva é substituída pela domiciliar por razões humanitárias, já que não possui prazo determinado. Já a prisão temporária possui curto prazo de duração e é essencial para as investigações.

A doutrina e a jurisprudência entendem que, quanto à doença grave (CPP, art. 318, II), há de se verificar se tratamento não pode ser ministrado no próprio presídio.

Com base no art. 318, II, do CPP, a 2ª Turma do STF concedeu a ordem em habeas corpus para converter a custódia preventiva em prisão domiciliar humanitária de indivíduo que fora operado de tumor maligno e careceria de tratamento pós-operatório adequado, circunstância incompatível com a condição de preso preventivo. Tendo em vista o alto risco de saúde, a grande possibilidade de desenvolver infecções no cárcere e a impossibilidade de tratamento médico adequado na unidade prisional ou em estabelecimento hospitalar — tudo demonstrado satisfatoriamente em laudo pericial —, a concessão do “writ” se faria necessária para preservar a integridade física e moral do paciente, em respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). (STF, 2ª Turma, HC 153.961/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/03/2018).

Em relação à gestante, o STF apreciou um HC coletivo impetrado em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade. Entendeu que, em regra, essas mulheres deverão ser colocadas em prisão domiciliar:

A 2ª Turma, por maioria, concedeu a ordem em “habeas corpus” coletivo, impetrado em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade. Determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar — sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP (1) — de todas as mulheres presas,

gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA (2) e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálissimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízes a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347 MC/DF (DJE de 19.2.2016). Preliminarmente, a Turma entendeu cabível a impetração coletiva e, por maioria, conheceu do “habeas corpus”. Destacou a ação coletiva como um dos únicos instrumentos capazes de garantir o acesso à justiça dos grupos mais vulneráveis socioeconomicamente. Nesse sentido, o STF tem admitido com maior amplitude a utilização da ADPF e do mandado de injunção coletivo. O “habeas corpus”, por sua vez, se presta a salvaguardar a liberdade. Assim, se o bem jurídico ofendido é o direito de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo determinado de pessoas, o instrumento processual para resgatá-lo é o “habeas corpus”, individual ou coletivo. Esse remédio constitucional é notadamente maleável diante de lesões a direitos fundamentais, e existem dispositivos legais que encorajam o cabimento do “writ” na forma coletiva, como o art. 654, § 2º, do CPP, que preconiza a competência de juízes e tribunais para expedir ordem de “habeas corpus” de ofício. O art. 580 do mesmo diploma, por sua vez, permite que a ordem concedida em determinado “writ” seja estendida para todos que se encontram na mesma situação. Além disso, a existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos não deve obstar o conhecimento desta ação, pois o rol de legitimados não é o mesmo, mas consideravelmente mais restrito na ADPF, por exemplo. Além disso, o acesso à justiça, sobretudo de mulheres presas e pobres, diante de sua notória deficiência, não pode prescindir da atuação dos diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa. Essas razões, somadas ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, bem assim à

existência de decisões dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do CPP, impõem o reconhecimento da competência do STF para o julgamento do “writ”, sobretudo tendo em conta a relevância constitucional da matéria. No mérito, o Colegiado entendeu haver grave deficiência estrutural no sistema carcerário, que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças, sejam submetidas a situações degradantes, resultantes da privação de cuidados pré-natal e pós-parto e da carência de berçários e creches. (STF, 2ª Turma, HC 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/02/2018).

Em 20 de dezembro de 2018, após o HC 143.641/SP, entrou em vigor a Lei 13.769/2018 que incluiu o art. 318-A ao Código de Processo Penal, a fim de regulamentar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

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. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

5.1. LEP x CPP

LEP	CPP
Prisão penal.	Prisão cautelar
Art. 117 da LEP	Arts. 317, 318 e art. 318-A do CPP
Substitutiva de prisão penal em regime aberto	Substitutiva de prisão preventiva
Condenado maior de 70 anos	Acusado maior de 80 anos



Cadernos Sistematizados

Instagram: @cadernossistematizados | E-mail: contato@cadernossistematizado.com

<p>Condenado acometido de doença grave</p> <p>Condenada com filho menor ou deficiente</p> <p>Gestante</p>	<p>Acusado debilitado por doença grave</p> <p>Imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 anos ou pessoa deficiente</p> <p>Gestante</p> <p>Mulher com filho menor de até 12 anos de idade</p> <p>Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos</p>
---	--

