



Direito Processual Penal Constitucional

Direito Processual Penal Constitucional

Francisco de Aguilar Menezes

© 2018 por Editora e Distribuidora Educacional S.A.
Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida ou transmitida de qualquer modo ou por qualquer outro meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer outro tipo de sistema de armazenamento e transmissão de informação, sem prévia autorização, por escrito, da Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Presidente

Rodrigo Galindo

Vice-Presidente Acadêmico de Graduação e de Educação Básica

Mário Ghio Júnior

Conselho Acadêmico

Ana Lucia Jankovic Barduchi

Camila Cardoso Rotella

Danielly Nunes Andrade Noé

Grasiele Aparecida Lourenço

Isabel Cristina Chagas Barbin

Lidiane Cristina Vivaldini Olo

Thatiane Cristina dos Santos de Carvalho Ribeiro

Revisão Técnica

Carlos Luiz de Lima e Naves

Mauro Stopatto

Editorial

Camila Cardoso Rotella (Diretora)

Lidiane Cristina Vivaldini Olo (Gerente)

Elmir Carvalho da Silva (Coordenador)

Leticia Bento Pieroni (Coordenadora)

Renata Jéssica Galdino (Coordenadora)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Menezes, Francisco de Aguiar
M543d Direito processual penal constitucional / Francisco de
Aguiar Menezes. – Londrina : Editora e Distribuidora
Educacional S.A., 2018.
192 p.

ISBN 978-85-522-1184-6

1. Processo penal. 2. Direito processual penal. 3. Teoria
geral do processo penal. I. Menezes, Francisco de Aguiar.
II. Título.

CDD 345

Thamiris Mantovani CRB-8/9491

2018
Editora e Distribuidora Educacional S.A.
Avenida Paris, 675 – Parque Residencial João Piza
CEP: 86041-100 – Londrina – PR
e-mail: editora.educacional@kroton.com.br
Homepage: <http://www.kroton.com.br/>

Sumário

Unidade 1 Introdução ao Processo Penal _____	7
Seção 1.1 - Introdução ao Processo Penal _____	9
Seção 1.2 - Princípios _____	25
Seção 1.3 - Sistemas Processuais _____	39
Unidade 2 Inquérito policial e ação penal _____	53
Seção 2.1 - Da investigação preliminar _____	55
Seção 2.2 - Ação processual penal I _____	68
Seção 2.3 - Ação processual penal II _____	80
Unidade 3 Jurisdição, competência e processos incidentes _____	95
Seção 3.1 - Jurisdição penal e repartição da competência I _____	97
Seção 3.2 - Jurisdição penal e repartição da competência II _____	110
Seção 3.3 - Questões e processos incidentes _____	123
Unidade 4 Teoria da prova no processo penal brasileiro _____	141
Seção 4.1 - Aspectos gerais da prova _____	143
Seção 4.2 - Provas em espécie I _____	157
Seção 4.3 - Provas em espécie II _____	172

Palavras do autor

Este trabalho não se propõe a esgotar ou mesmo avaliar com profundidade todas as idiossincrasias do direito processual penal. Entretanto, este trabalho possui o ambicioso objetivo de conquistar o interesse daquele que ainda não possui nenhum conhecimento sobre o tema, abrindo o caminho para que o aluno possa pesquisar por si mesmo fontes mais densas sobre este fascinante ramo do direito. O bom entendimento da teoria geral do processo penal é absolutamente essencial para a correta compreensão e aplicação do direito processual penal na prática jurídica, seja como advogado, promotor de justiça, juiz de direito, delegado de polícia ou professor. O profissional da área jurídica que possui uma sólida base dos conceitos da teoria geral consegue navegar bem até em águas desconhecidas do direito e tem muito mais facilidade para assimilar conhecimentos novos:

Na Unidade 1, estudaremos os conceitos básicos da teoria geral do processo penal para que você possa conhecer, interpretar e aplicar os conceitos, os institutos e as garantias do Processo Penal, preparando o aluno para atuar nas fases de investigação preliminar, na instrução processual e em fases recursais, em conformidade com os direitos previstos na Constituição.

Na Unidade 2, estudaremos o inquérito policial e a ação penal para que você possa conhecer, interpretar e aplicar os conceitos do inquérito policial, bem como da ação penal, sabendo identificar suas condições e diferenciar suas espécies a partir de elementos e titulares próprios para atuar em juízo.

Na Unidade 3, você conhecerá a jurisdição e os critérios de competência para identificar o juízo natural a fim de garantir um julgamento de acordo com o devido processo constitucional. O aluno saberá se dirigir nos autos para pleitear ou determinar medidas a fim de assegurar direitos processuais e materiais em conformidade com a função que atue numa relação processual.

Finalmente, na Unidade 4, estudaremos a teoria da prova no processo penal, com o objetivo de conhecer, interpretar e aplicar os

conceitos das provas no processo penal, suas respectivas espécies e exigências legais colaborando para o domínio das estratégias na apuração dos fatos tanto no inquérito, quanto na instrução processual penal.

O estudo deste livro não te fará um jurista, porém nos esforçamos muito para que este possa ser o início de uma jornada de formação e conhecimento jurídico, que o levará, em um segundo momento, a estudar de forma mais profunda a doutrina e a jurisprudência. O objetivo maior deste livro é municiar você para que esta viagem seja mais fácil e agradável.

Esperamos também que, em seu aprendizado, você se divirta com o apaixonante direito processual penal.

Ao trabalho!

Introdução ao Processo Penal

Convite ao estudo

Nesta unidade, estudaremos a introdução ao direito processual penal, os conceitos básicos da matéria, os princípios do processo penal e os sistemas processuais penais. Sempre com o olhar voltado para a prática profissional, nossos exemplos serão guiados pelo seguinte contexto de aprendizagem:

Antônio é um advogado recém-formado prestes a atender seu primeiro cliente criminal. Este indivíduo é Tício, um jovem de 19 anos, que chegou ao seu escritório acompanhado de seu pai e de sua namorada. Tício começa a lhe contar que, no último fim de semana, estava conduzindo o automóvel de seu pai, quando foi abordado por policiais militares. Os policiais exigiram que ele se submetesse ao exame de alcoolemia, afirmando que “se ele não o fizesse no amor, faria na dor”. O exame constatou 0,4 miligrama de álcool por litro de ar alveolar, tendo-lhe sido dada voz de prisão em flagrante pelo crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Tício foi levado perante um delegado da polícia que lavrou o auto de prisão em flagrante, afirmando que, a partir daquele momento, Tício estava sendo formalmente acusado e processado por um grave crime e por isso tinha o dever de responder a todas as perguntas que lhe fossem dirigidas. Após um intenso interrogatório, Tício é recolhido a uma cela com outros 8 presos provisórios. Horas mais tarde, em um evento chamado “audiência de custódia”, Tício é levado a um juiz de direito que lhe faz perguntas sobre o ocorrido e, após consultar sua folha de antecedentes criminais, decide conceder-lhe liberdade provisória. No mesmo dia, Tício procurou o delegado que o prendera para consultar os autos de seu suposto processo, mas este o informou que todas as

peças informativas eram sigilosas e que ele não teria acesso a nenhuma delas. Confuso, Tício procurou o escritório de Antônio para compreender sua situação jurídica.

Na situação descrita, será que Tício está realmente sendo processado? Vamos descobrir durante a unidade.

Seção 1.1

Introdução ao Processo Penal

Diálogo aberto

Retornando à história em que Tício se envolveu, lembramos que o nosso protagonista teria sido pego, em tese, conduzindo um veículo automotor sob estado de embriaguez. Os policiais forçaram-no a se submeter ao teste de alcoolemia, ameaçando-lhe provocar um mal injusto caso ele não se dispusesse a colaborar com a investigação. Tício não era muito familiarizado com aquela situação. Acreditava, inclusive, que sairia preso e condenado após a abordagem dos policiais. Havendo provas contra ele e tendo sido, em tese, pego em flagrante, ele pensou: “Bom, os policiais estão com a faca e o queijo na mão. Serei, para sempre, tratado como criminoso. O que devo fazer? Quem poderá me defender? Como provar a minha inocência?”. Imediatamente Tício lembrou-se de um amigo que havia acabado de abrir um escritório de advocacia. Você mesmo, caro aluno, deverá promover a defesa de Tício, exercendo o papel de Antônio, que tem o seu primeiro trabalho em mãos. Importante, deste modo, esclarecer a Tício como ele deve se comportar, como a acusação será conduzida tanto em sede policial quanto em juízo. Enfim deverá responder exatamente aquelas primeiras dúvidas que surgem assim que alguém é pego pela primeira vez numa situação semelhante. O que é o processo penal? Qual a diferença entre o processo penal e o direito penal? Por que Tício não sairá preso e condenado daquela abordagem policial (como ele imaginava)? Para tanto, você deverá esclarecer a Tício, seu cliente, a) a natureza do processo; b) o escopo processual; do que é formado, basicamente o processo penal. Consegue responder? Depois desta leitura introdutória, tenho certeza de que você estará apto para ajudar seu cliente e amigo Tício, vamos lá?

O conceito de processo penal

Enquanto o direito penal é apresentado como o ramo do direito que seleciona condutas, transformando-as em criminosas ou em contravencionais, atribuindo-as penas ou medidas de segurança, o direito processual penal é o meio necessário pelo qual o detentor do direito de punir – o Estado – terá de passar para aplicar a punição ao praticante de crime.

Boa parte dos doutrinadores apresentam a valiosa definição de Frederico Marques, segundo a qual o direito processual penal é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da polícia judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares (MARQUES, 2003, p. 16). Desta forma, enquanto o direito penal cuida do próprio direito de punir, dos crimes e das penas, enquanto o processo penal estabelece e organiza o canal necessário para que este poder possa ser exercido de forma eficaz e ao mesmo tempo respeitadora dos direitos e garantias fundamentais.

Já podemos entender que a importância desta disciplina para o direito material penal é bem diferente daquela que se percebe no contexto do direito privado. É que o direito civil regulamenta as próprias relações jurídicas obrigacionais e contratuais entre as pessoas, bem como os direitos da personalidade, da família e das sucessões. Assim, as normas de direito civil se realizam concretamente com simples interações da vida cotidiana, como comprar um pão em uma padaria ou assinar um contrato para redigir este livro didático. O direito processual civil só é necessário quando a obrigação acordada não é cumprida por uma das partes, gerando a pretensão, por parte do lesado, de buscar a reparação de seu prejuízo perante o poder judiciário. O direito penal, por sua vez, não regulamenta as condutas criminosas em si, mas sim a reação estatal a tais comportamentos: a tipificação de condutas sob a ameaça de penas. Desta forma, conclui-se que o direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, uma vez que, conforme estabelece a Constituição Federal (BRASIL, 1988), ninguém pode ser

privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal – art. 5º LIV. Assim, a observância das regras, dos princípios e dos procedimentos que compõem o processo penal é o caminho imprescindível à aplicação da pena – o que alguns autores chamam de princípio da necessidade (LOPES, 2018). É muito importante compreender que as garantias processuais penais que estudaremos ao longo do curso não são sinônimo de impunidade. Muito pelo contrário: a proteção das garantias fundamentais ligadas ao processo é aquilo que concede legitimidade e validade à punição e o que separa a aplicação da justiça penal da simples vingança pública – ou privada. O processo deve ser compreendido não só como um mero meio de aplicação do direito penal ao caso concreto, mas também como forma de garantia aos direitos de todos os cidadãos e de legitimação do próprio poder punitivo do Estado.

Os estudos de direito processual penal também incluem a análise das atividades investigatórias do Estado, geralmente pertinentes aos órgãos de polícia judiciária, que são necessárias para fundamentar a ação penal em seu início. Entretanto, é importante entender que o inquérito policial não tem caráter processual e por isso, durante as investigações, algumas garantias típicas do processo penal não são sempre observadas, tais quais a ampla defesa e o contraditório. Estudaremos o inquérito policial nos próximos capítulos.



Assimile

O processo penal é o caminho necessário para a aplicação da pena, uma vez que o direito de punir pertence exclusivamente ao Estado. Isto diferencia essencialmente o direito processo penal do direito processual civil.

A natureza jurídica do processo

Analisar a natureza jurídica do processo é uma tarefa abstrata árdua, mas muito importante para se compreender o vínculo que une os sujeitos processuais. Existem três principais teorias que serão aqui abordadas superficialmente devido ao pequeno espaço disponível neste livro. Ao final, faremos um convite a um estudo mais denso.

A primeira teoria, de um autor chamado **Bülow** é aquela que conceitua o processo como sendo uma **relação jurídica** de direito público, entre juiz, autor e réu, autônoma e independente da relação de direito material. Até hoje é a mais frequentemente aceita pela doutrina.

A segunda teoria, a de **Goldschmidt**, afirma que o processo é um conjunto de situações processuais pelas quais atravessam as partes, a caminho da sentença final. Esta visão assume o caráter mais dinâmico e incerto do processo, e reafirma que a sentença do juiz depende da desincumbência de cargas processuais pelas partes do processo. Se o acusador conseguir cumprir a carga de provar a autoria e materialidade do fato, conseguirá a condenação.

Por fim, a terceira teoria é a de **Elio Fazzalari**, que vê o processo como uma espécie de procedimento em contraditório, em simétrica paridade entre as partes. Tal visão atribui a existência do processo ao contraditório, que pode ser visto como o direito de informação e reação aos atos processuais da outra parte.



Pesquise mais

O objetivo destas últimas linhas foi incentivar o pensamento abstrato a respeito do próprio conceito de processo. Para saber mais sobre as teorias aqui descritas, leia:

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 35-40.

Finalidades e características do Direito Processual Penal

Você agora já pode perceber, com base na introdução acima, que o processo penal possui duas principais finalidades, uma direta ou imediata e uma indireta ou mediata. A **finalidade imediata** do processo penal é servir como meio para aplicação do direito de punir do Estado, com observância dos direitos fundamentais. Já a **finalidade mediata** é a própria pacificação social e a convivência harmônica entre as pessoas, confundindo-se com os objetivos do direito penal, ou seja, a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade contra as ofensas intoleráveis.

Há também algumas características que marcam este ramo do direito processual: a autonomia, a instrumentalidade e a normatividade. Trata-se de um ramo **autônomo**, existe independentemente do direito material, não sendo a ele submisso, pois o processo penal possui princípios e regras próprias e terá existido mesmo se o réu for considerado inocente. É **instrumental**, uma vez que, como você agora já sabe, o processo é um meio necessário para aplicação do direito material, o que não significa que o julgador pode burlar garantias legais ou renunciar a formalidades jurídicas. Pelo contrário, a rigorosa obediência às garantias processuais é condição de legitimidade de todo o processo penal e de seu resultado. Por fim, é uma disciplina **normativa** de caráter dogmático – lembrando que a dogmática jurídica é justamente a ciência do direito que sistematiza o conhecimento jurídico possuindo até mesmo uma codificação própria: o código de processo penal, que é atualmente o Decreto-Lei 3689/41 (BRASIL, 1941) visando sua aplicação racional.



Pesquise mais

Em sua **posição enciclopédica**, o direito processual penal é normalmente incluído como um dos ramos do **direito público**, tendo em vista que a finalidade do processo é viabilizar a aplicação do direito de punir inerente ao Estado, que possui presença marcante em toda a relação processual. Todavia, alguns autores criticam a dicotomia entre direito público e privado, pois a distinção não explica bem as nuances das esferas do direito e, na prática, não é fácil de se notar esta diferença (TAVORA, 2015).

Fontes do Direito Processual Penal

Investigar as fontes de um ramo do Direito significa estudar a origem de suas normas, ou seja, o local de proveniência destas.

A **fonte material**, também chamada de **fonte de produção**, se refere ao ente federativo que elabora a norma. A Constituição Federal, em seu artigo 22, I, outorga à **União** a tarefa de legislar sobre direito processual penal. Todavia, o parágrafo único do citado artigo constitucional permite que seja atribuída aos Estados-membros, através de lei complementar, a competência para legislar sobre este ramo do direito, entretanto apenas quanto a questões específicas de direito local.

As **fontes formais**, também chamadas **fontes de cognição, de revelação** ou **de conhecimento** são aquelas que revelam a norma, ou seja, as formas pelas quais o direito se exterioriza, a partir das quais pode ser conhecido no ordenamento jurídico. Dividem-se em fontes formais primárias ou imediatas e fontes formais secundárias, também conhecidas como mediatas ou supletivas.

As **fontes formais primárias ou imediatas** são aquelas aplicadas imediatamente para resolução dos conflitos que o direito pretende solver. No processo penal, trata-se da **lei** em sentido amplo, o que inclui a própria **Constituição Federal**, e os **tratados, convenções e regras de direito internacional e leis ordinárias (como o CPP e a legislação extravagante)**.

Já as **fontes formais mediatas ou secundárias** são aquelas aplicadas na ausência da fonte primária: os costumes, os princípios gerais de direito e a analogia – conforme consta no artigo 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro.

Os **costumes** são aquelas regras de conduta praticadas uniformemente e de maneira constante por certa população, com consciência de obrigatoriedade. Embora possa servir como critério de interpretação em alguns casos, prevalece na ciência jurídica que um costume não pode afastar a aplicação da lei, mas apenas suprir as suas lacunas. É a chamada “praxe forense”.



Exemplificando

O art. 206 do CPP não diz se os parentes da vítima estão dispensados ou não de prestarem compromisso quando são chamados a depor perante o juiz, como ocorre com os parentes do acusado. Entretanto, é costumeiro que o juiz os ouça como meros informantes, em face da provável ausência de isenção do depoimento (AVENA, 2015).

Os **princípios gerais de direito** são regras ou premissas éticas extraídas de todo o ordenamento jurídico e sua utilização, suplementar às normas de processo penal, é expressamente permitida pelo art. 3º do CPP.

A **analogia**, por sua vez, é uma forma de autointegração da norma jurídica. É o exercício pelo qual o aplicador do direito preenche uma lacuna da lei por meio da aplicação de uma norma

que serve para hipótese semelhante. Você deve ter estudado em direito penal que a analogia não pode ser aplicada quando resultar em prejuízo para réu. Isto porque o direito penal deve se pautar pelo princípio da legalidade “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988, art. 5º, inc. XXXIX). Entretanto, no direito processual penal a analogia pode ser aplicada mais livremente, pois o próprio código de processo penal assim o permite. É claro que tal aplicação não pode importar em flexibilização de garantias de caráter material penal, ou seja, quando a norma incidir diretamente sobre o direito de liberdade ou sobre a punibilidade Estatal.



Exemplificando

Para exemplificar a utilização da analogia no processo penal, podemos citar os múltiplos usos do art. 28 do CPP. Este artigo permite que o juiz envie os autos do processo ao procurador geral de justiça quando não concorda com o requerimento de arquivamento do inquérito policial do promotor de justiça. Por analogia, o expediente também é utilizado em outras situações como o não oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo pelo MP, conforme previsto no art. 89 da Lei 9099/95. Para exemplificar a utilização da analogia no processo penal, podemos citar os múltiplos usos do art. 28 do CPP. Este artigo permite que o juiz envie os autos do processo ao procurador geral de justiça quando não concorda com o requerimento de arquivamento do inquérito policial do promotor de justiça. Por analogia, o expediente também é utilizado em outras situações como o não oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo pelo MP, conforme previsto no art. 89 da Lei 9099/95.

Por fim, a **doutrina jurídica** consiste na opinião dos estudiosos do direito que sistematizam as normas do ordenamento jurídico em uma estrutura racional. Já a **jurisprudência** consiste no conjunto de decisões reiteradas no mesmo sentido, emitidas por uma corte ou tribunal. Alguns estudiosos não atribuem à doutrina e à jurisprudência o posto de fontes do direito, afirmando que são formas de interpretação do direito, por não ter efeitos obrigatórios. É claro que esta última posição é desmentida pelas súmulas vinculantes e pelas decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade, que possuem efeitos vinculantes e, portanto, força normativa.



Para sintetizar o conteúdo: as fontes do direito são o local de onde provém a norma jurídica. A fonte material ou de produção é a União. As fontes formais ou de cognição são aquelas que revelam a norma. A fonte formal primária é a lei amplamente considerada – o que inclui a constituição e tratados internacionais – e por fim, são fontes formais mediatas: os costumes, os princípios gerais de direito e a analogia. Alguns autores ainda incluem a doutrina e a jurisprudência.

Entendendo o tema

Para fins didáticos, explicitaremos alguns conceitos fundamentais para a correta compreensão do direito processual penal e os institutos que lhe são inerentes.

Interesse: disposição ou o desejo de satisfazer uma necessidade. Trata-se de um conceito extrajurídico. Existe sempre que o indivíduo percebe que uma de suas necessidades pode ser satisfeita por um bem da vida. O direito torna-se necessário quando os interesses dos diversos indivíduos se cruzam. É sempre bom lembrar que o interesse no processo penal é, em regra, presumido quando a titularidade da ação penal for do Ministério Público. Ademais, o interesse da defesa de ser absolvido será mantido ainda que o réu seja confesso.

Pretensão: intenção de subordinar o interesse alheio ao próprio. No processo penal, a pretensão punitiva estatal nasce com o conhecimento do fato e é exteriorizada pela ação penal, instituto que estudaremos nos próximos capítulos (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 31).

Lide: normalmente conceituada como sendo um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida (CARNELUTTI, apud TÁVORA; ALENCAR, 2015). No processo penal teríamos de um lado a pretensão punitiva da acusação sendo resistida pelo acusado que pretende se manter em liberdade. Entretanto, muitos estudiosos afirmam que embora este instituto seja essencial para o processo civil, é irrelevante para a existência e desenvolvimento do processo penal.

Autotutela: consiste no uso da própria força para a satisfação de um interesse. Como o Estado possui o monopólio do uso legítimo da força, autotutela no direito brasileiro é absolutamente excepcional.



Um exemplo de autotutela permitida no direito processual penal brasileiro consiste na possibilidade de qualquer pessoa prender quem estiver em flagrante delito, conforme consta do artigo 301 do CPP.

Autocomposição: ocorre quando uma das partes abre mão de parte ou até da totalidade seu interesse em favor da outra. É um **meio alternativo de solução dos conflitos** e é normalmente subdividida em desistência, submissão e transação. No processo penal, a autocomposição possui sérios limites, pois, conforme você agora já sabe, o processo penal é o único caminho para a aplicação do direito penal. Entretanto, desde a década de 1990, as leis brasileiras foram recheadas de institutos que se baseiam na autocomposição. Cita-se como exemplos a Lei 9099/95 com a transação penal e o acordo de colaboração premiada permitido pela lei 12850/13. Cumpre ressaltar que nesses institutos – que serão estudados nas próximas unidades – a autocomposição é bem relativa, pois ambos dependem de homologação por parte do juiz criminal.

Interpretação da Lei Processual Penal

Interpretar é a atividade de extrair da norma o seu sentido, tarefa de todo operador do direito, pois o legislador nem sempre é feliz ao editar os textos de lei nos quais as normas estão contidas (NUCCI, 2018, p.170). Mais do que isso, através da interpretação, o intérprete constrói a própria norma jurídica diante da situação concreta. No processo penal – ao contrário do direito penal – existem várias formas válidas de interpretação que, para os fins didáticos deste livro, estarão abaixo esquematizadas.

Quanto à origem ou sujeito que a realiza: a interpretação poderá ser **autêntica ou legislativa** quando for realizada pelo próprio legislador no texto de lei. Como o art. 302 do CPP que explica o que se entende por prisão em flagrante. Será **doutrinária ou científica** quando for realizada pelos próprios estudiosos da ciência jurídica. Será **judicial ou jurisprudencial** aquela feita pelos juizes e tribunais na aplicação do direito. As súmulas são exemplos de interpretação judicial.



A exposição de motivos do código de processo penal – e de todos os outros códigos da legislação brasileira – é considerada interpretação doutrinária e não autêntica.

Quanto ao modo ou meios: será **literal ou gramatical** quando se levar em conta a literalidade do texto de lei, ou seja, o significado gramatical das palavras. Será **teleológica** quando se busca extrair a finalidade da norma, ou seja, seu objetivo, sua meta. Será **histórica** quando o intérprete analisar a evolução histórica que levou à criação da norma, o que inclui não só um histórico das normas anteriores, mas também a observação dos debates e do contexto social da época. Será **sistemática** quando o intérprete entender a norma como uma parte do ordenamento jurídico, fazendo comparações e conexões para afastar a conclusão que nega os pressupostos de validade da norma ou que o faz chegar a afirmações contraditórias.

Quanto ao resultado: a interpretação será **declarativa**, quando o intérprete expressa exatamente o que diz o texto de lei, sem **restringir** ou aumentar seu significado. Será restritiva quando o intérprete conclui que a lei disse mais do que desejava, sendo necessário aparar os excessos, restringindo seu alcance. Será **extensiva** quando conclui que o texto da lei ficou aquém do que desejava, sendo necessário estender-lhe o alcance para se chegar ao verdadeiro significado. Será **progressiva ou evolutiva** quando o intérprete tenta ajustar a norma às evoluções sociais, científicas e jurídicas, modernizando-a e atualizando-a através da interpretação.

A Lei Processual Penal no tempo

Conforme apregoa o art. 2º do CPP, a lei processual penal possui aplicabilidade imediata, sem prejuízo dos atos já praticados. Isso significa que a lei brasileira adotou o princípio do efeito imediato, também chamado de sistema do isolamento dos atos processuais (TAVORA. ALENCAR, 2015). Assim, a nova lei processual penal será imediatamente aplicada, não importa se beneficia ou não o acusado, enquanto os atos processuais já realizados em um mesmo processo, serão preservados em sua validade, em respeito

à garantia constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Duas ressalvas são importantes. A lei de introdução ao código de processo penal, em seu art. 3º, afirma que “o prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, será regulado pela lei anterior, se esta não prescrever prazo menor do que o fixado no Código de Processo Penal”. Assim, se um prazo recursal já estiver em curso, não terá seu fluxo alterado caso uma lei modifique o artigo que o fundamenta, diminuindo sua duração. Além disso, caso a norma possua natureza híbrida – ou seja, se ela prever matéria de direito penal e processual penal – deve prevalecer as regras do código penal quanto à sua aplicação no tempo. Assim, uma norma que trata de prisão preventiva, embora tenha natureza penal, também diz respeito ao direito de liberdade do indivíduo, por isso também tem natureza penal e, portanto, não pode retroagir em prejuízo do acusado.



Refleta

Alguns autores criticam a forma como o código de processo penal permite a aplicação imediata de normas que podem prejudicar o acusado. Será que tal exercício flexibiliza indevidamente o direito do acusado? Será que há exceção?

Lei Processual Penal no espaço

O art. 1º do Código de Processo Penal adotou, como regra geral quanto à aplicabilidade da lei processual penal no espaço, o princípio da territorialidade, ou seja, a lei processual penal brasileira é aplicável a todo crime praticado no território nacional. Entretanto, os incisos do referido artigo disciplinam algumas exceções, tais como tratados ou convenções de direito internacional – como as imunidades diplomáticas – a jurisdição política de crimes de responsabilidade e os crimes de competência da justiça militar – que seguirão as regras do código de processo penal militar.

Lembre-se de que, conforme o art. 6º do código penal (BRASIL, 1940), considera-se praticado o crime no local onde ocorreu a ação,

no todo ou em parte, bem como no lugar onde ocorreu ou deveria ocorrer o resultado, em outras palavras, para o lugar do crime, o código penal adotou a teoria da ubiquidade. Entretanto, o direito processual penal só vale dentro dos limites territoriais nacionais e não é aplicável pelo juiz de nação estrangeira.

Na próxima seção, estudaremos os princípios processuais penais. Pronto para auxiliar seus clientes? Então, bons estudos.

Sem medo de errar

Caro aluno, não tenha medo de errar, hein?! Nos parece que a resposta já ficou um pouco mais clara, o que acha? Vamos, antes disso, relembrar um pouco esse caso. Lembra-se de que Tício foi pego em uma blitz policial. Lá ele foi forçado pelos policiais a se submeter ao teste de alcoolemia para determinar que o condutor havia ou não ingerido bebida alcoólica antes de assumir o controle do veículo. Sabe-se que conduzir automóveis sob estado de embriaguez é um crime de médio potencial ofensivo previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Tício sabia que era crime, mas não tinha ideia de como aquela história iria se desenvolver e se encerrar. Chegou mesmo a acreditar que, naquela mesma noite, ele sairia preso e condenado. Bem, não é exatamente assim, não é verdade, Dr. Advogado? Explique a Tício suas dúvidas iniciais sobre o processo penal, vamos a elas?

- O que é o processo penal?
- Qual a diferença entre o processo penal e o direito penal? E entre processo e procedimento?
- Qual é a fonte que disciplina o processo?

Como se sabe, o processo é um ramo da ciência jurídica por meio do qual a prática de um crime será narrada e apurada com o fim de extrair uma decisão. Em linhas gerais, enquanto o direito penal limita prevê antecipadamente condutas e penas às ações ou às omissões que atingem bens jurídicos relevantes e essenciais para a convivência humana, o processo será uma relação jurídica

autônoma ao direito material (direito penal, neste caso) entre o juiz, a acusação e a defesa consubstanciada por princípios e normas legais que regulam a aplicação da lei penal dentro da esfera jurisdicional. Em outras palavras, de acordo com a doutrina mais atual, o processo é um procedimento em contraditório, bem como pela ampla defesa, simétrica paridade entre as partes que se desenvolve em conformidade com atos lógicos e coordenados previamente determinados na legislação visando a garantia do cumprimento de direitos fundamentais e a legitimidade de um provimento final com poder de império. Dessa forma, perceba que, para que haja uma pena, é imprescindível que antes dessa decisão sejam cumpridas etapas (atos lógicos e coordenados) em contraditório, ampla defesa e outros princípios que legitimarão o provimento final garantindo o cumprimento dos direitos fundamentais. Fica fácil responder, desse modo, que ao contrário do que Tício pensava, ele não sairá preso e condenado desta operação. É preciso ainda que a suspeita levantada pelos policiais ultrapasse fases previstas na legislação processual (Constituição, Código de Processo Penal e legislação extravagante), principalmente em juízo, que garantam ao investigado o direito de provar e contra argumentar a acusação que será imputada. Isso tudo ainda será feito numa relação jurídica entre ele e seu advogado, o órgão de acusação e, principalmente, o juiz que promoverão inúmeras fases, dentre elas: instrutórias (provas) e argumentativas que legitimarão a decisão final. A prisão em flagrante de Tício é apenas a primeira fase que será sucedida por várias outras que ainda estão por vir antes de uma condenação.

Avançando na prática

A modificação do prazo recursal

Descrição da situação-problema

Imagine que Antônio recebe seu segundo cliente que lhe procura para que um recurso processual penal seja interposto para atacar uma decisão desfavorável na área criminal. Cláudio, novo cliente de Antônio, foi condenado a 8 anos de reclusão pela suposta prática do crime de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Verificando os autos, Antônio percebe que as provas produzidas nos autos não eram suficientes para a condenação. Além disso, a aplicação da pena não atendeu a padrões mínimos de individualização e proporcionalidade e, por isso, os trabalhos advocatícios de Antônio seriam muito úteis ao seu cliente.

Relembrando seus conhecimentos que acumulou na faculdade, Antônio recordou que o recurso apto a combater a sentença condenatória é a apelação, e o prazo para sua interposição é de cinco dias, conforme art. 593, I do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Animado com a perspectiva de interpor um recurso com excelente possibilidade de sucesso, Antônio gastou os cinco dias estudando todos os argumentos que utilizaria. No quinto dia, quando estava pronto para a interposição, foi promulgada uma lei que modificou o citado artigo do Código de Processo Penal, diminuindo o prazo para a interposição do recurso de apelação para cinco dias.

Entretanto, no último dia do prazo, entra em vigor uma nova lei que reduz o prazo do respectivo recurso para cinco dias. Antônio fica arrasado ao se lembrar do art. 2º do CPP, que afirma que a lei processual penal é aplicada imediatamente sem prejuízo dos atos anteriores (BRASIL, 1941). Lembre-se da matéria deste capítulo e responda: Antônio ainda poderá recorrer da sentença contra seu cliente?

Resolução da situação-problema

Antônio ainda poderá recorrer, pois, conforme apregoa o art. 3º da Lei de introdução do código de processo penal, o prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, será regulado pela lei anterior, se esta não prescrever prazo menor do que o fixado no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Destarte, embora a modificação de lei processual penal seja aplicada imediatamente, a modificação de um artigo de lei que dispõe acerca de um prazo não será aplicada no prazo que já está em vigor, pois isto geraria consequências extremamente injustas e imprevisíveis. Podemos concluir que Antônio poderá recorrer normalmente como havia planejado.

Não pode faltar

1. A fonte é o local de onde provém a norma jurídica e estudar a fonte de um instituto jurídico equivale a estudar sua origem. A fonte material é a fonte de produção da norma, ou seja, qual ente federado é responsável por sua criação. A fonte formal ou de cognição diz respeito à forma pela qual o instituto se exterioriza.

Sobre as fontes do direito processual penal, marque a alternativa correta.

- a) A União é considerada a fonte de produção da norma processual penal, por disposição da própria Constituição Federal.
- b) Princípios gerais de direito ajudam na interpretação das normas, mas não são considerados fontes formais do direito processual penal.
- c) Os costumes, regras de conduta praticadas de maneira geral, constante e uniforme, são fontes materiais do direito processual penal.
- d) A analogia, que consiste em um método de autointegração da norma, não pode ser utilizada no processo penal.
- e) As fontes formais dizem respeito ao ente federado que tem a competência de criar as normas jurídicas.

2. Interpretar, segundo o tradicional conceito doutrinário, consiste em extrair o verdadeiro sentido da norma jurídica, o que é essencial no direito atual, diante das constantes antinomias que podemos verificar em nosso ordenamento. O objetivo da interpretação é precisamente preencher lacunas, uniformizar o sistema e eliminar contradições aparentes.

Sobre a interpretação da lei processual penal, marque a alternativa correta.

- a) A interpretação autêntica é aquela feita pela doutrina jurídica especializada no tema.
- b) A interpretação literal ou gramatical é aquela que busca a finalidade da norma jurídica.
- c) Na interpretação extensiva ou ampliativa, o intérprete parte da premissa de que o texto de lei disse mais do que desejava, sendo necessária restringir seu alcance.
- d) A interpretação doutrinária é aquela realizada pelo próprio texto de lei.
- e) A interpretação progressiva é aquela que busca ajustar a lei às transformações, jurídicas sociais e científicas que interferem na efetividade da norma.

3. O tema "Lei Processual Penal no tempo" no tempo consiste no estudo acerca da aplicabilidade da lei processual penal perante à frequente sucessão de leis no tempo. Assim, quando a lei é modificada, ocasionando a mudança de um instituto processual, tal como uma norma de competência processual, é necessário analisar qual será aplicada: a norma da época do fato ou o novo dispositivo.

No que tange à Lei Processual Penal no tempo, marque a alternativa correta.

- a) Em caso de normas processuais penais mistas ou híbridas não se aplica a retroatividade da lei mais benéfica.
- b) As normas processuais penais são aplicadas imediatamente, retroagindo para afastar a validade de atos anteriores.
- c) O Brasil adota o sistema de isolamento dos atos processuais.
- d) A norma processual penal retroage para beneficiar o réu.
- e) As normas que regem a aplicabilidade da lei processual penal no tempo são idênticas àquelas que regem a aplicação da lei penal no tempo.

Seção 1.2

Princípios

Diálogo aberto

Olá, aluno.

Lembra-se do contexto de aprendizagem? Tício foi coagido por policiais a fazer o exame de alcoolemia para e pelo delegado de polícia a confessar aquilo que havia ocorrido com ele. Logo depois, recorreu a você, advogado recém-formado, para informá-lo e ajudá-lo juridicamente.

Para melhor informar o seu primeiro cliente, o conhecimento sobre os princípios processuais penais é absolutamente essencial, são eles que fornecerão a base para que você consiga prestar as informações corretas ao seu cliente e, em um momento futuro, defendê-lo perante um juiz. Assim, raciocinando sobre a situação jurídica de Tício, responda: ele poderia ter sido coagido a fazer o teste de alcoolemia? E quanto a coação para contar tudo o que sabia para o delegado? O que você, em juízo, deve alegar com o fim de obter a anulação da prova contra seu cliente?

Não pode faltar

Normas: regras e princípios

Princípios e regras, no campo do direito, são espécies do mesmo gênero, ambos são normas jurídicas, representam a força coercitiva do ordenamento jurídico, os modelos de conduta proibidos ou impostos pelo direito para a consecução de seus fins: a pacificação social e a coexistência pacífica entre as pessoas.

Nessa ordem de ideias, as regras regulam situações específicas, possuem um baixo grau de abstração e, caso entrem em conflito, apenas uma poderá ser aplicada no caso concreto, havendo vários critérios para a solução, como o da especialidade (a regra especial afasta a geral), o cronológico (a regra mais nova prevalece sobre a antiga quando regulam a mesma situação), ou o hierárquico (todas

as normas devem estar em sintonia com a constituição federal, que é a norma maior, fundamentadora de todo o sistema). Por fim, importante entender que as regras são aplicadas pelo modelo lógico subjuntivo, ou seja, o operador deve fazer um silogismo entre a premissa maior (regra abstrata), menor (fato) e conclusão (consequência jurídica). Em outras palavras: se o fato corresponde à situação prevista na regra, esta será aplicada.

Os princípios, por sua vez, são altamente abstratos, verdadeiros valores que emanam dos ordenamentos jurídicos. Não regulam situações específicas, mas, ao contrário, ajudam o aplicador do direito a interpretar as regras jurídicas. Todavia, também possuem força coercitiva, podendo fundamentar a nulidade de atos jurídicos praticados em discordância deles (NUCCI, 2018).

Como exemplo, podemos citar o princípio da ampla defesa que exige que, em todo processo, deve existir defesa técnica, realizada por advogado ou defensor público, o que pode acarretar na nulidade de vários atos processuais ao longo de todo o processo, quando estes são realizados sem a presença de um advogado ou defensor.

Por fim, quando dois princípios entram em conflito, não há um contexto de tudo ou nada, mas sim uma ponderação de valores para se deduzir com qual intensidade cada princípio será aplicado para guiar o operador do direito na resolução do caso concreto. Nesta seção, estudaremos os princípios jurídicos que fundamentam e estruturam o direito processual penal. A importância desta matéria é evidente, pois, como veremos, os princípios permeiam praticamente todos os institutos do direito processual penal.



Assimile

As normas jurídicas se dividem em princípios e regras. Enquanto as regras são pouco abstratas e regem situações específicas, os princípios possuem alto grau de abstração, exercendo função interpretativa, para guiar a aplicação das regras, mas também força coercitiva própria, aplicáveis, independentemente da vontade do operador do direito, para solucionar problemas concretos ou declarar a nulidade de atos jurídicos.

Princípio da presunção de inocência, estado de inocência ou presunção de não culpabilidade

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Esta é a redação do inciso LVII, do art. 5º, Constituição Federal (BRASIL, 1988). Todos os investigados e acusados no processo penal são presumidamente inocentes até que se prove o contrário, em uma sentença condenatória definitiva.

A primeira consequência deste princípio reside no fato de que o **ônus da prova, via de regra, cabe à acusação**. É ela que deve provar a existência do fato criminoso, da materialidade e autoria do crime. Caberia à defesa, apenas a demonstração de causas que excluam a culpabilidade ou ilicitude do acusado (OLIVEIRA, 2015).

A segunda consequência está no fato de que as **prisões provisórias** – prisão temporária e prisão preventiva – **devem ser decretadas de forma excepcional, apenas quando houver razões de cautela** para tanto. Aliás, é exatamente por isso que o CPP (BRASIL, 1941) descreve, em seu art. 312, quais são os requisitos e fundamentos possíveis para a prisão preventiva. No mesmo sentido, o art. 282 § 6º do mesmo diploma legal estabelece que até mesmo este tipo de prisão só pode ser decretada quando as outras medidas cautelares previstas no código se mostrarem insuficientes, como, por exemplo, a monitoração eletrônica e até mesmo estas devem respeitar certa excepcionalidade – como diz o art. 282 § 2º do CPP (BRASIL, 1941).

Importante entender que é inerente ao princípio da presunção de inocência impedir que o réu sofra com quaisquer efeitos de uma antecipação de uma sanção. Assim, o postulado impede a aplicação de penas provisórias que não se confundem com prisões processuais, estas determinadas por razões exclusivamente cautelares.

Alguns autores afirmam que “estado ou situação jurídica de inocência” é uma designação mais adequada a este princípio, pois a inocência não é presumida, ela existe até a superveniência de uma sentença penal condenatória, como diz a Constituição (OLIVEIRA, 2015).

Sobre este princípio, é ainda necessário mencionar que o STF decidiu, no histórico julgamento do HC 126.292/SP, confirmado posteriormente no julgamento da ADC 43 e ADC 44, que é possível **a execução provisória de sentença condenatória após a**

confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição. Os fundamentos da decisão concentraram-se no fato de que, após o segundo grau, os recursos não possuem mais efeito suspensivo, ou seja, não podem impedir os efeitos de sentença que visam combater. Ademais, o princípio da presunção de inocência deve ser ponderado em conjunto com outros valores do ordenamento jurídico, tais como a confiabilidade das decisões e a celeridade processual. Reforçaram ainda que o Pacto de San José teria previsto a extensão dos efeitos deste princípio apenas até a confirmação ou condenação em segunda instância.

Mantendo tal entendimento, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 152752, decidiu pela possibilidade da execução antecipada da sentença do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.



Pesquise mais

No que tange à execução provisória da sentença penal condenatória, leia o resumo da polêmica e histórica decisão do STF no sítio:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância.** 5 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

E também, no site do STF, veja o resumo do julgado do ex-presidente Lula:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula.** 5 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

Princípio da igualdade processual ou da paridade das armas

Este postulado é um desdobramento do próprio princípio da isonomia, presente no art. 5º da CF (BRASIL, 1988), pois “todos são iguais perante a lei”. Desta forma, acusação e defesa devem ter equivalente possibilidade de se manifestar no processo. A autonomia concedida à defensoria pública no art. 143 da CF é uma ótima forma de instrumentalizar este princípio, pois o acusado nem sempre terá recursos para contratar um

profissional capaz de defendê-lo tão tecnicamente quanto a acusação do Ministério Público.

Ademais, este princípio garante que a prova disponibilizada por uma das partes seja repetida pela outra em igualdade de condições como, por exemplo, o limite máximo de testemunhas para acusação e defesa é sempre o mesmo.

Princípio da ampla defesa

A Constituição afirma, em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Entende-se por ampla defesa, o direito concedido ao acusado de se valer de todos os meios lícitos para se defender da imputação feita pelo órgão acusador, pois, no processo penal, reconhece-se a evidente hipossuficiência do réu perante o Estado que dispõe de extenso aparato persecutório.

O princípio da ampla defesa se desdobra em duas grandes garantias: a **defesa técnica** e a **autodefesa**

A **defesa técnica** deve necessariamente ser feita por bacharel em direito, membro da OAB ou defensor público, por força do art. 263 do CPP (BRASIL, 1941). Você poderá, futuramente, exercer uma das duas profissões. Já se imaginou aplicando todos os seus conhecimentos em busca de um julgamento justo?

Caso um cliente não tenha constituído advogado, o juiz deve dar oportunidade para que o acusado o faça. Será necessária a designação de defensor dativo se não o fizer.

A **autodefesa** apresenta-se como o direito do acusado de colaborar pessoalmente com seus meios defensivos. Divide-se no direito de audiência, ou seja, de ser ouvido no processo, normalmente na fase de interrogatório, e no direito de presença aos atos processuais, seja de forma direta, seja por meio de videoconferência.

Como você aprenderá nas seções seguintes, no tribunal do júri, vigora o princípio da plenitude de defesa, que permite ao réu utilizar argumentos de natureza não jurídica, uma vez que os jurados, ao julgarem um crime doloso contra a vida, decidem através da íntima convicção, ou seja, não precisam fundamentar suas decisões.



O direito à ampla defesa tem outra consequência direta: **apenas o réu tem direito à revisão criminal** (art. 623 do CPP) (BRASIL, 1941), que é uma ação autônoma de impugnação que visa desconstituir uma sentença penal transitada em julgado.

Princípio do contraditório

Com fundamento no mesmo inciso constitucional que o princípio da ampla defesa, a garantia do contraditório dispõe que, quando uma das partes faz qualquer alegação de fato ou apresentação de prova, a parte adversaria deve ter o direito de se manifestar.

Podemos dizer que o contraditório, enquanto garantia, desdobra-se em três direitos: direito de ser intimado sobre fatos e provas, de se manifestar sobre fatos e provas e de, por meio dessa manifestação, ter chance real de interferir na decisão do juiz acerca daquelas provas ou fatos (NUCCI, 2018).

Princípio da verdade real

Também chamado de verdade substancial ou verdade material, este princípio apregoa que o juiz, no processo penal, não deve se contentar com a verdade formal, mas sim, deve se preocupar em decidir, com base nos fatos reais, de maneira que o acusador precisa buscar desvendar como os fatos verdadeiramente se deram. Como consequência, no processo penal, não serão automaticamente consideradas verdadeiras as alegações não contestadas apresentadas pela parte.

Alguns autores afirmam que os dispositivos do CPP (BRASIL, 1941) que permitem a determinação, pelo juiz, de produção de prova de ofício – ou seja, sem provocação das partes – concretizam este princípio. Os art. 156, 201, 209, 234, 242 e 404 do CPP (BRASIL, 1941) são exemplos. (AVENA, 2015). Criticaremos estes dispositivos na próxima seção.



Muitos autores criticam a permanência deste princípio na dogmática processual penal, pois o próprio conceito de verdade é relativo e a

reconstituição real dos fatos é uma missão ilusória (LOPES, 2018). O que você pensa sobre isso? Não seria a verdade real um mito do processo penal?

Devido processo legal (Constitucional)

É garantia extraída do art. 5º, LIV, da CF, que diz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

É necessário entender que o processo penal consiste em um instrumento de concretização de violência estatal. A legitimidade de tal força está condicionada à estrita observância das regras do jogo, ou seja, a pena viabilizada através do sistema penal só será legítima quando o procedimento é respeitado em seus atos essenciais, sob pena de se declarar nulo todo o processo, como diz o brocardo: “nulla poena sine iudicio”.

Pode-se dizer que este princípio pode ser dividido em duas perspectivas: a **processual/procedimental** e a **material/substancial**. No aspecto **processual**, corresponde ao amplo direito do réu de apresentar alegações em prol de sua inocência, havendo contenção dos excessos da violência estatal por meio do devido procedimento. No aspecto **material**, associa-se à garantia de razoabilidade e respeito aos princípios de direito penal, como o da legalidade – ninguém pode ser processado ou punido, senão por crime previamente previsto em lei (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Dessa forma, podemos dizer que o devido processo legal engloba os princípios constitucionais e estruturantes do processo pelo que a pena só se torna legítima se respeitado esse conjunto principiológico.

Juízo natural ou juiz natural

É a garantia extraída da Constituição Federal, art. 5º, LIII, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Tal princípio apregoa que todas as pessoas possuem o direito de serem julgadas por um juiz previamente competente para o julgamento do crime que cometeu.

A competência é a medida ou especialização da atividade jurisdicional. Todo juiz possui jurisdição – ou seja, o poder-dever de dizer o direito, trazendo a pacificação social ao caso concreto a partir da aplicação da norma jurídica – mas nem todo juiz possui competência, pois um juiz estadual não pode julgar fatos que são da competência da justiça federal. As regras de competência estão previamente estabelecidas na Constituição Federal.

Esse princípio, porém, é maior que a simples exigência de observância das regras próprias de competência, pois ele impede a criação dos chamados **tribunais de exceção**, ou seja, aqueles criados para julgar fatos específicos. O exemplo mais icônico da história é o tribunal de Nurembeg, no qual vários ex-oficiais da Alemanha nazista foram condenados à morte por enforcamento em um juízo estabelecido pelos aliados, vencedores da segunda guerra. Por mais importante que tenha sido o citado tribunal para expurgar a culpa coletiva do povo alemão pelo nazi-fascismo, é inegável que todo tribunal de exceção possui um viés: o viés da força política que o criou. O princípio do juízo natural existe para proteger todos os cidadãos de juízos enviesados, garantindo que o julgamento seja o mais imparcial possível.



Pesquise mais

Para saber um pouco mais sobre o hercúleo trabalho dos advogados alemães no tribunal de Nuremberg, leia o trecho do livro *Grandes Advogados, Grandes Julgamentos*, de Pedro Paulo Filho, constante no sítio eletrônico da OAB/SP: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-tribunal-de-nuremberg>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional

No direito processual brasileiro, de forma geral, o juiz pode formar o seu convencimento de forma livre, embora deva fundamentar todas as suas decisões, conforme disposto no art. 93, IX, da CF. Ademais, o art. 155 do CPP (BRASIL, 1941) estabelece que as decisões judiciais devem ser fundamentadas nas provas colhidas em contraditório judicial, de forma que o juiz não pode lastrear suas decisões exclusivamente nas provas colhidas no inquérito

policial, pois, como veremos, no inquérito, não são observadas todas as garantias da ampla defesa e do contraditório, que são típicas do processo.

O princípio do livre convencimento motivado será revisitado por nós quando estudarmos a teoria geral da prova, veremos que este postulado possui exceções, a saber: a imputabilidade do acusado, que deve ser provado por exame médico; os crimes que deixam vestígios, que necessitam de exame de corpo de delito, conforme art. 158 do CPP (BRASIL, 1941), e a prova da morte do agente que necessita de demonstração da certidão de óbito (NUCCI, 2018).

Princípio da celeridade processual, economia processual ou duração razoável do processo

Esta garantia foi positivada no inciso LXXXVIII, do art. 5º, da CF pela emenda constitucional nº 45/2004, mas já se encontrava presente no ordenamento brasileiro, pois constava no Pacto de São José da Costa Rica, isto é, na convenção interamericana de direitos humanos, inserida no corpo legislativo brasileiro pelo decreto nº 678 de 1992.

É inegável o caráter aflitivo do próprio processo penal, de forma que, para o acusado, a simples existência de uma possível condenação futura, que paira sobre sua liberdade, pode trazer grande sofrimento. O prolongamento indevido da persecução penal simboliza verdadeira antecipação de pena (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

Segundo alguns autores, este princípio, juntamente com a presunção de inocência, se desdobra no **princípio da duração razoável da prisão cautelar**. Isso porque a prisão provisória não pode durar por tempo maior do que o necessário para assegurar as razões de cautela a justificam (NUCCI, 2018).

Princípio da inexistência de autoincriminação

Ninguém pode ser obrigado a produzir prova para si mesmo, como diz o clássico brocardo latino: **“nemo tenetur se detegere”**.

Este princípio é um desdobramento de três garantias constitucionais: o princípio da ampla defesa – já discutido nesta seção –, o princípio do estado de inocência – também já estudado

–, e o direito ao silêncio – positivado no inciso LXIII, do art. 5º da CF, que diz: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Todavia, está explicitamente inscrito no art. 8º do tratado interamericano de direitos humanos, que, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, possui natureza supralegal – está hierarquicamente acima da lei e abaixo da Constituição.

Dessa forma, há de se declarar a nulidade da prova formada de maneira forçosa, pois obrigar qualquer pessoa a acusar a si próprio atenta contra a própria dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2015). Além disso, a produção forçada de prova contra si mesmo incentiva a tortura, já que pressupõe a confissão como a rainha das provas. Isso contraria a lógica do sistema que equipara em abstrato o valor de todas as espécies probatórias e atribui à acusação o ônus de comprovar os fatos alegados.



Exemplificando

Caso um policial obrigue, a partir de grave ameaça, um indivíduo que está conduzindo um automóvel, a se sujeitar ao exame de alcoolemia, mesmo que a ingestão de bebida alcoólica seja constatada, tal prova deve se reputada ilícita e desentranhada dos autos, como apregoa o art. 157, § 1º do CPP (BRASIL, 1941).

Princípio da jurisdicionalidade

A jurisdição – poder-dever de dizer o direito no caso concreto, aplicando a norma jurídica para resolução do conflito social, substituindo a vontade das partes – é atividade exclusiva do juiz e estritamente necessária para aplicação da pena ao praticante de crime.

Todavia, este princípio exige mais do que a existência de um juiz. É requisito de legitimidade do processo penal, posto a violência que legitima, a existência de um juiz natural, imparcial e comprometido com os princípios que limitam e condicionam o poder punitivo do Estado. Impõe ainda que a inderrogabilidade do juízo, ou seja, o juiz não pode se negar à função jurisdicional nem delegá-la a terceiros.

Princípio da vedação das provas ilícitas

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI (BRASIL, 1988), afirma expressamente que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O Código de Processo Penal reitera, afirmando, em seu art. 157 do CPP (BRASIL, 1941), que as provas ilícitas são aquelas que violam normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas dos autos, após ter sua nulidade declarada pelo juiz.

Por fim, o CPP (BRASIL, 1941) adota a teoria dos frutos da árvore envenenada, pela qual a prova derivada por meio ilícito também será considerada como tal e, portanto, desentranhada dos autos, a menos que se demonstre a fonte independente ou a ausência do nexo causal.

Quando estivermos na seção referente à teoria geral da prova, falaremos mais sobre isso.

Na próxima seção, estudaremos os sistemas processuais penais, e você aprenderá mais sobre a estrutura de todos esses modelos, combinado? Até lá!

Sem medo de errar

Na situação-problema, Tício foi constrangido, a partir de grave ameaça, a se submeter ao exame de alcoolemia. Nesta seção, estudamos os princípios processuais penais e aprendemos que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da inexigibilidade da autoacusação, resumido no famoso brocardo latino: *nemo tenetur se detegere*, ou seja, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tal postulado, que remete à própria dignidade da pessoa humana, é desdobramento de vários princípios processuais penais, tais como a ampla defesa, a presunção de inocência e o direito ao silêncio, todos expressos, respectivamente, nos incisos LV, LVII e LXIII, do art. 5º, da CF. Ademais, o pacto de São José da Costa Rica consagra tal garantia de forma expressa em seu art. 8º, e este diploma possui natureza supralegal segundo o Supremo Tribunal Federal, ou seja, está hierarquicamente acima da lei e abaixo da Constituição.

Estudamos também o princípio da inadmissibilidade de prova ilícita, expresso na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Como vimos, considera-se prova ilícita aquela que ofende regras legais ou constitucionais e a exigência dos policiais se encaixa nessa definição.

No caso narrado, quando os policiais disseram que se Tício “não fizesse no amor, faria na dor”, obrigaram-no a produzir prova contra si mesmo. A ilicitude da prova pode ser requerida ao juiz, o que resultará no desentranhamento da prova obtida, conforme consta no art. 157 do CPP (BRASIL, 1941). Na prática, provar as alegações tangentes à prova ilícita é sempre difícil, mas, no processo penal, o réu terá o benefício da dúvida.

Avançando na prática

A presunção de inocência e as prisões provisórias

Descrição da situação-problema

Tício, o jovem motorista da situação-problema anterior, foi denunciado pelo crime constante no art. 306 do CTB. O juiz da causa recebeu a inicial acusatória e indeferiu o requerimento do advogado de Tício quanto ao reconhecimento da inicial acusatória. A partir disso, Tício procurou seu advogado, pois estava com medo de ser preso preventivamente, já que um amigo lhe disse que, quando alguém é processado criminalmente, normalmente se decreta a prisão provisória, pois assim tinha decidido o Supremo Tribunal Federal. O que você, como advogado do Tício o diria?

Resolução da situação-problema

Estudamos, nesta unidade, o princípio da presunção de inocência, pelo qual ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Um dos mais importantes desdobramentos desse princípio é a excepcionalidade das prisões provisórias, que sempre deve estar fundamentada em razões de cautela. No caso da prisão preventiva, seus fundamentos estão no art. 312 do (BRASIL, 1941). No caso em tela, tais requisitos

não estariam automaticamente preenchidos, e mesmo que o juiz decretasse a prisão, ainda seria possível o ajuizamento de habeas corpus com todos os fundamentos que foram aqui colocados.

Quanto à decisão do STF, a execução provisória de sentença penal condenatória depende de decisão prolatada no segundo grau de jurisdição.

Faça valer a pena

1. O princípio da presunção de inocência, também chamado de presunção de não culpabilidade ou de estado de inocência, é reconhecido expressamente pela Constituição Federal, a partir do art. 5º, LVII, que diz: “ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Sobre o princípio da presunção de inocência, marque a alternativa correta.

- a) Esse princípio impede a imposição de toda e qualquer prisão antes da condenação penal confirmada em segundo grau de jurisdição.
- b) Por força desse princípio, todo ônus da prova recai sobre a acusação, até mesmo aquele referente à presença ou à ausência de causas de exclusão da ilicitude.
- c) A força do princípio é completamente anulada a partir da primeira sentença penal condenatória.
- d) Por força desse princípio, as prisões processuais devem ser excepcionais.
- e) O princípio não é reconhecido na Constituição Federal, portanto, ninguém poderá alegar este postulado em juízo.

2. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIII, apregoa que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. O direito a ter um julgamento feito por juiz previamente competente corresponde a um importante princípio constitucional.

Acerca do princípio ventilado acima, marque a alternativa correta.

- a) Trata-se do princípio da verdade real, pois os fatos reais só podem ser verdadeiramente recompostos por um juiz competente.
- b) Trata-se do princípio do juízo natural, cuja principal finalidade é proibir a criação de tribunais de exceção.

- c) Trata-se do princípio do juízo natural, que garante a criação de juízos competentes para o julgamento de crimes gravíssimos, como os de corrupção, mesmo depois que este aconteceu.
- d) Trata-se do princípio da presunção de inocência, pois apenas um juiz competente pode avaliar a culpabilidade do réu.
- e) Trata-se do princípio da ampla defesa, pois a defesa técnica só pode ser realizada perante um juiz competente.

3. Os princípios do processo penal formam limites para o exercício do direito de punir, criando um ambiente em que diversos valores são ponderados simultaneamente, sendo tal procedimento importante para a realização do homem e da organização social, impedindo, por exemplo, que provas sejam produzidas de forma discricionária e autoritária.

No que tange ao princípio da vedação das provas ilícitas, marque a alternativa correta.

- a) O Código de Processo Penal adota a teoria dos frutos da árvore envenenada, afirmando que a prova ilícita por derivação deve ser desentranhada dos autos, a não ser que se prove a fonte independente.
- b) A prova ilícita é somente aquela que viola regras constitucionais, de maneira que aquelas que violam regras legais são totalmente lícitas.
- c) A utilização da prova ilícita somente é possível quando for a única forma de se provar um crime extremamente grave.
- d) O Código de Processo Penal não adota a teoria dos frutos da árvore envenenada, de forma que a prova derivada da ilícita só será desentranhada dos autos quando for ilícita por si mesma.
- e) Qualquer prova é permitida na busca pela justiça.

Seção 1.3

Sistemas Processuais

Diálogo aberto

Olá, caro aluno. Nesta seção estudaremos os sistemas processuais penais, ou seja, as características que permearam todas as normas que, ao longo da história, estruturaram o direito processual penal. No contexto de aprendizagem, Tício foi preso em flagrante, obrigado a realizar o exame de alcoolemia. Em seguida, ele foi encaminhado para a delegacia, momento em que a autoridade policial abriu o inquérito e ouviu todos os envolvidos. Posteriormente, Tício também foi conduzido para o magistrado analisar a legalidade do flagrante. Ocorre que o juiz da comarca já estava cansado de ouvir pela imprensa casos de motoristas embriagados que se envolviam em acidentes e, ainda assim, recusavam-se a confessar a culpa pelos fatos. Sempre os suspeitos afirmavam que somente fariam em juízo, acompanhados de advogado, etc. O julgador decidiu agir, por conseguinte, como os inquisidores faziam na Idade Média. Partindo ele da premissa de que ninguém confessa algo que não praticou, Tício foi forçado a confessar o crime perante o juiz na audiência de custódia, em um contexto no qual o magistrado coagiu o preso a assumir toda a culpa, sob pena de ficar preso durante todo o processo. O julgador foi enfático ao afirmar que, se o acusado não confessasse, seria decretada uma prisão preventiva. Antônio, advogado recém-formado, ao ouvir os relatos de seu cliente, lembra-se da matéria acerca dos sistemas processuais penais ao longo da história, da opção do legislador brasileiro de como estas características justificam ou repudiam a ação dos policiais e dos magistrados. Leia nosso material e, em seguida, responda ao seu cliente se essa condução foi legal sob o paradigma constitucional brasileiro a partir das seguintes indagações por ele formuladas: é certo um juiz agir desse modo? Qual sistema processual penal mais se compatibiliza com a ação dos policiais? Qual é o sistema adotado pelo Código de Processo Penal? Qual é o sistema que mais se compatibiliza com nossos princípios constitucionais? A atuação

do magistrado corresponde ao paradigma processual previsto na nossa Constituição?

Com este estudo, podemos compreender de forma global e completa os princípios e as regras que definem o nosso próprio sistema processual penal, no qual, em breve, você será um ativo profissional. Vamos ao conteúdo!

Não pode faltar

Sistemas processuais: conceito e evolução histórica

Estudaremos, nesta seção, os sistemas processuais penais ao longo da história, ou seja, a forma ou estrutura através da qual os elementos processuais se manifestam quanto às figuras dos agentes do processo, os critérios de avaliação da prova e a igualdade ou desigualdade das oportunidades das partes.

Para fins didáticos, podemos adiantar que existiram 3 sistemas processuais penais ao longo da história:

- **Inquisitório** – no qual as funções de acusador, juiz e defensor estão aglutinadas nas mãos de uma mesma pessoa que tem plenos poderes de gestão e produção da prova.
- **Acusatório** – no qual há clara distinção entre acusador, juiz e defensor, a atividade probatória é ônus das partes e o juiz deve decidir conforme seu convencimento motivado.
- **Misto** – que possui uma fase pré-processual inquisitiva e uma fase processual acusatória.

Esta matéria não é meramente introdutória ou incipiente, ao contrário, a compreensão de nosso sistema processual te ajudará a entender o assunto de forma global e holística, pois os institutos do processo penal não são ilhas de conhecimento compartimentalizado, mas sim conteúdos do mesmo continente.

Ademais, a melhor doutrina afirma que os sistemas processuais penais servem como medidores do grau de autoritarismo dos elementos de uma constituição. As constituições democráticas

tendem a adotar um sistema mais acusatório, enquanto os países mais autoritários pendem para o inquisitório (LOPES, 2018).

Historicamente falando, o sistema acusatório foi o predominante nos países ocidentais até o século XII, quando foi paulatinamente substituído por um sistema inquisitório por conta da influência da igreja católica e do direito canônico. Somente no século XVIII (século XIX para alguns países) o sistema acusatório voltou a prevalecer, por causa da influência de movimentos políticos, culturais e sociais, tal como o iluminismo penal (LOPES, 2018).

Analisaremos, ao longo do capítulo, os três sistemas supracitados e tentaremos chegar à conclusão acerca do sistema adotado no Brasil.



Assimile

Os sistemas processuais ao longo da história variam entre inquisitório, acusatório e misto. As diferenças entre eles referem-se, principalmente, à concentração das funções de acusar e julgar, à iniciativa probatória e aos sistemas de apreciação da prova, entre outras peculiaridades.

Sistema inquisitório: surgimento e características

A maioria dos países do ocidente herdou dos romanos um sistema acusatório que, a partir do século XII, foi substituído por um sistema inquisitivo, por influência da igreja católica, que se prolongou como a regra por aproximadamente 7 séculos, até que os ideais iluministas o tornaram anacrônico.

O surgimento de tal sistema, todavia, foi permeado de boas intenções. Durante o feudalismo medieval, os abusos da casta aristocrática contra seus vassalos eram notáveis. O típico camponês dificilmente conseguia amearhar provas, comparecer a um juízo e acusar seu senhor local, tendo em vista que as justiças senhoriais eram cooptadas, quando não comandadas pessoalmente por estes. Assim, os reis enviavam, em seus nomes, juízes inquisidores que tinham pleno poder na produção e na apreciação da prova e que, ao mesmo tempo, acusavam, defendiam e julgavam (NUCCI, 2018).

Como principais características do sistema inquisitivo, podemos citar, a princípio, a **cumulação das funções e sujeitos processuais**

na figura de uma só pessoa. O juiz inquisidor tinha a missão de sobrepujar a influência da aristocracia local e, por isso, tocava o processo inteiramente sozinho: começava-o de ofício (ou seja, sem provocação das partes).

A **gestão da prova cabia totalmente ao inquisidor.** O juiz tinha a iniciativa probatória, podendo determinar a produção de prova que achava ser mais eficaz para elucidar o fato.

A **avaliação da prova também estava a critério do juiz.** O inquisidor poderia valorar a prova como entendesse mais adequado – conforme sua íntima convicção – e não tinha a necessidade de fundamentar suas decisões. No contexto da prova, o período inquisitório também foi caracterizado pelo sistema da prova tarifada, no qual determinados meios tinham mais valor que outros, e a confissão era considerada a rainha das provas – o que justificava a tortura como meio de obtê-la.

O **acusado não possuía garantias** no decorrer do processo. Não havia ampla defesa ou devido processo legal. Também se percebe a ausência de um contraditório pleno, pois o réu raramente podia manifestar-se, não se falando, também, em paridade de armas (AVENA, 2015).

Não havia presunção de inocência, de forma que a prisão era a regra durante todo o processo. Aliás, até a revolução industrial, a prisão funcionava apenas para custódia do acusado até a aplicação da pena principal, que era quase sempre corporal, ou seja, mutilação ou morte (GRECO, 2018).

Por fim, o processo era quase sempre **sigiloso**, de forma que o acusado não sabia claramente quais provas haviam sido produzidas contra ele ou quem as produziu e como. Nem tampouco sabia-se claramente por qual delito o réu estava sendo acusado, já que os crimes não eram notoriamente definidos em tipos penais explícitos e diretos.



Assimile

As principais características do sistema inquisitivo são: concentração dos sujeitos processuais em uma só pessoa, gestão e iniciativa da prova nas mãos do juiz, processo escrito, inexistência de contraditório pleno, disparidade de armas e oportunidades, processo sigiloso e juiz parcial que decide segundo sua íntima convicção.

Apesar de seu evidente lado positivo e das boas intenções que permearam sua criação, o sistema inquisitório foi cooptado pela igreja católica ao final da idade média e utilizado na frenética e abusiva perseguição aos hereges. O instrumento que permitia a defesa de pobres servos contra o abuso da aristocracia agrícola feudal viabilizou uma literal e sanguinária caça às bruxas, que culminou nas conhecidas violências da santa inquisição.



Pesquise mais

Como sugestão de leitura, recomendamos o famoso livro *O processo*, de Franz Kafka, uma obra que todo estudante de direito deveria ler.

KAFKA, F. **O processo**. Tradução: Torrieri Guimarães. 3. ed. São Paulo: Marin Claret, 2009.

O sistema inquisitório continuou até o final do século XVIII, quando a revolução francesa e os ideais iluministas de valorização do ser humano tornaram evidentes os abusos do sistema, que foi paulatinamente substituído por um sistema misto, até a adoção do sistema acusatório que predomina nos países democráticos.



Refleta

Não poderíamos deixar de fazer uma reflexão do tempo em que vivemos. Muitos clamam, com boas intenções, pelo abandono das garantias processuais penais em nome de uma justiça mais célere e eficaz, muitas vezes com o nome de um famoso e destemido juiz nos lábios. Porém, o que podem não saber é que o sistema inquisitivo começou com a finalidade de levar justiça a camponeses contra abusos de aristocratas corruptos e, quando dominado pelo direito canônico, imergiu o ocidente em séculos de abusos e torturas.

Sistema acusatório: surgimento, características e gestão da prova

O sistema acusatório possui origens que remontam ao direito grego (TAVORA; ALENCAR, 2015). Era o prevalente na Roma antiga, desapareceu na idade média e ressurgiu com as influências do iluminismo e da democracia (NUCCI, 2018).

As principais características do sistema acusatório podem ser percebidas, pelo menos em seus contornos, em muitas das constituições democráticas. A primeira notável característica é a evidente **separação dos sujeitos processuais e da função atribuída a cada um deles**. Juiz, acusador e defensor não se confundem, e esta separação é mantida por todo o processo, o que é feito para que o juiz se mantenha imparcial tanto quanto possível.

A **iniciativa probatória cabe às partes**, ou seja, o juiz não determina qual prova deve ser produzida ou juntada, para que se mantenha imparcial no julgamento do feito. Cabe ao acusador produzir a prova da existência do crime e de sua autoria. O acusado possui o ônus de demonstrar eventual causa de exclusão da ilicitude.

As partes recebem tratamento igualitário, com **paridade de armas** e iguais oportunidades de manifestação.

O procedimento é marcado pelo **contraditório e pela ampla defesa**, tendo o acusado possibilidade de resistência perante a acusação.

O julgamento é feito, em regra, pelo **livre convencimento motivado**, ou seja, o juiz é livre para valorar a prova como entender mais adequado, porém deve fundamentar sua decisão na prova colhida em contraditório. Vigora o **princípio da publicidade** dos atos processuais, com óbvias exceções constitucionais.

Por fim, existe a possibilidade de recorrer das decisões, em duplo grau de jurisdição (LOPES, 2018).

É evidente que o sistema acusatório é mais democrático e justo, pois possibilita uma estrutura dialética na qual as partes estão encarregadas da iniciativa probatória, mantendo o juiz o mais imparcial possível.

Falaremos, ao final, qual foi o sistema adotado pelo Brasil, mas já adiantamos que o tema é bastante polêmico.



Assimile

As principais características do sistema acusatório são: separação entre acusador, defensor e juiz, carga probatória nas mãos das partes, paridade de armas, presença de contraditório e ampla defesa e publicidade dos atos processuais e duplo grau de jurisdição.

Sistema misto: fase inquisitória e acusatória

Historicamente, o sistema chamado de misto nasceu com o Código Napoleônico de 1808 e caracteriza-se pela divisão do processo em duas fases distintas: uma pré-processual, de natureza inquisitória e investigativa, e a segunda de caráter acusatório com contraditório, ampla defesa e clara divisão dos sujeitos e funções processuais.

O sistema misto normalmente é caracterizado por uma investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária, uma instrução preparatória, feita por um juiz instrutor, um julgamento com ampla defesa e contraditório e um recurso para a impugnação das questões de direito (TAVORA; ALENCAR, 2015).

Alguns autores afirmam que, hoje, quase todos os sistemas são mistos, pois os puros são uma referência histórica (LOPES, 2018). A seguir, veremos qual foi o sistema adotado pelo direito brasileiro.



Refleta

Tendo sido fruto de construção histórica, os sistemas não seriam todos eles puros e, portanto, reuniriam características tanto de um modelo (acusatório) quanto de outro (inquisitório). Assim, não seria cientificamente atécnico – e até dispensável – designar um sistema como misto?

O sistema adotado pelo direito processual penal brasileiro

A identificação do sistema processual brasileiro é algo extremamente polêmico na doutrina nacional. Muitos autores dizem abertamente que adotamos um sistema misto (NUCCI, 2018). Isto porque, como veremos na próxima seção, o ordenamento brasileiro prevê um procedimento administrativo preparatório da ação penal chamado inquérito policial, presidido por uma autoridade de polícia judiciária (o delegado de polícia civil ou federal) e, nesta fase, não persistem as garantias do contraditório e da ampla defesa, típicas do processo penal.

Ademais, em que pese os princípios processuais penais vigorarem na fase processual, nosso código de processo penal é de 1941 e foi fortemente inspirado no famoso Código Rocco, da Itália,

de inspiração fascista. Por isso, ao juiz é dado imensos poderes tangentes à gestão da prova e ao controle quanto ao futuro da ação penal (TAVORA; ALENCAR, 2015).



Exemplificando

Em relação aos resquícios do sistema inquisitório ainda presente no nosso ordenamento jurídico, podemos citar o artigo 156, I, do Código de Processo Penal, que concede ao juiz o poder de ordenar a produção de prova mesmo sem provocação. Muitos autores, entretanto, apontam para a inconstitucionalidade do instituto (BRASIL, CPP, 1941).

Alguns autores contemporâneos, entretanto, discordam deste velho entendimento. Isso porque a Constituição Federal é a base de todo o sistema: a norma hipotética fundamental que estrutura o ordenamento jurídico, da qual todas as demais normas retiram sua validade. Nossa Constituição, segundo notáveis doutrinadores, definiu os contornos de um sistema acusatório fundado na imparcialidade do juiz, na ampla defesa, no contraditório e nas demais regras de um devido processo penal. Portanto, os dispositivos do Código de Processo Penal que não estão de acordo com este sistema devem passar por uma filtragem constitucional, para que seja possível consagrar a matriz constitucional acusatória (LOPES, 2018).



Pesquise mais

Para saber mais sobre os sistemas processuais penais, sugerimos a leitura de dois prestigiados autores de direito processual que possuem visões díspares, porém complementares sobre o tema:

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 40 – 48.

NUCCI, G. S. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 45 – 54.

Na próxima unidade, conheceremos mais detalhadamente o Código de Processo Penal e institutos como o inquérito policial e a ação processual penal. Revise os estudos destes pontos introdutórios e se prepare para enfrentar os tópicos mais específicos do direito processual penal.

Na situação problema da seção, Tício foi preso em flagrante pelo crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Os policiais o obrigaram, através de grave ameaça, a fazer o exame de alcoolemia e, mais tarde, o delegado de polícia o obrigou a falar, em clara desobediência a princípios constitucionais do processo penal.

Antônio, advogado de Tício, lembrou-se da matéria concernente aos sistemas processuais penais. Os atos dos policiais estão compatibilizados com o sistema inquisitório, no qual o julgador tem a iniciativa na coleta de provas e o réu não possui direitos e garantias como a ampla defesa e o contraditório.

O sistema inquisitório vigorou por boa parte da idade média e moderna, mas foi abandonado com a influência dos ideais do iluminismo e da revolução francesa.

Já sabemos que o Brasil não adotou tal sistema processual, pois o Código de Processo Penal prevê uma investigação policial preliminar, na qual não vigora a ampla defesa e o contraditório e, posteriormente, um processo penal instaurado a partir de uma ação penal pública ou privada (veremos tudo isso nas unidades seguintes), processo em que todas as citadas garantias devem ser observadas.

Os policiais, todavia, não estavam corretos ao procederem daquela forma, pois, apesar de muitos autores defenderem a adoção de um sistema misto, é inegável que nossa Constituição Federal estabelece os contornos de um sistema acusatório e, como vimos na seção anterior, a mesma Constituição apregoa princípios processuais indisponíveis, verdadeiros direitos fundamentais que não podem ser desrespeitados pelas autoridades policiais, e, como abordaremos na próxima unidade, a inexistência de ampla defesa no inquérito policial não dá liberdades irrestritas aos órgãos encarregados da persecução penal.

Quanto à conduta do juiz, há uma clara violação do sistema acusatório. Quando o magistrado, de forma coercitiva e claramente inquisitória, força o agente a confessar ainda em uma fase pré-processual, viola os contornos acusatórios claramente fixados pela

Constituição Federal. Conforme estudamos, no modelo acusatório a confissão não é a principal prova e não pode ser forçada pelo juiz. Ademais, o julgador não deve estar interessado na produção da prova, pois esta é função da acusação, uma vez que as funções processuais devem ser claramente diferenciadas em nosso sistema.

Avançando na prática

Violação ao sistema acusatório

Descrição da situação-problema

O personagem Tício, da situação problema anterior, foi denunciado pelo Ministério Público pelo crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Após o recebimento da denúncia, o juiz requisitou do réu, sem qualquer provocação do Ministério Público, a juntada de inúmeros documentos e provas que entendiam relevantes para elucidação da causa. Antônio, advogado de Tício, ficou estupefato com a iniciativa do juiz e se lembrou das lições na faculdade acerca dos sistemas processuais penais.

Responda: a conduta do juiz reflete as regras de qual sistema processual penal? Tal requisição encontra fundamento em nossa legislação? Em caso de resposta positiva, este dispositivo está alinhado com qual sistema processual?

Resolução da situação-problema

A conduta do juiz coaduna-se com as características de um sistema inquisitório, no qual o julgador acumula as funções de juiz e acusador e possui iniciativa probatória, o que o torna inevitavelmente parcial. Embora o Código de Processo Penal, em seu artigo 156, permita tal expediente, ele é considerado de duvidosa constitucionalidade, pois nossa Constituição Federal estabelece os contornos de um sistema acusatório (TAVORA; ALENCAR, 2015).

Conforme visto, uma das características principais do sistema acusatório, protegido pelo art. 129 da Constituição (BRASIL, 1988), é justamente a divisão das funções, atribuindo às partes a iniciativa probatória e ao juiz o dever de analisá-las. A divisão das funções tem como finalidade impedir que o juiz se contamine com a prova requisitada por ele próprio. Quando o julgador determina a formação de certa prova, ele age de forma estratégica para confirmar uma suspeita inicial. Além de romper com a imparcialidade ao agir para um fim, ele também tenderá a supervalorizar a prova que ele próprio produziu. Com isso, na dúvida, pode ser que o juiz se convença mais em favor de sua suspeita e não da realidade.

Estas são as principais críticas aos resquícios de sistema inquisitório em nossa legislação.

Faça valer a pena

1. O sistema processual penal inquisitório foi comum durante grande parte da idade média e foi estabelecido, a princípio, como forma de se combater abusos dos aristocratas feudais. Com o tempo, foi degenerado, apropriado pela igreja e transformado em um instrumento de opressão em nome da manutenção de dogmas religiosos e caça a hereges.

Marque a alternativa que apresenta características do sistema inquisitivo.

- a) Clara separação entre acusador e julgador.
- b) Iniciativa probatória nas mãos das partes.
- c) Cumulação das funções processuais nas mãos do juiz.
- d) Uma investigação prévia seguida de um processo com ampla defesa e contraditório.
- e) Preservação das garantias do réu durante o processo.

2. O sistema acusatório é, sem dúvida, o mais democrático dos sistemas processuais penais. Nascido na Grécia e perpetuado pelo direito romano, tal sistema permaneceu a regra nos países ocidentais até o século XII, quando foi paulatinamente substituído pelo sistema inquisitório, que vigorou até o século XVIII.

Marque a alternativa que apresenta características do sistema acusatório.

- a) Cumulação das funções processuais nas mãos do juiz.
- b) Sigilo dos atos processuais.
- c) Parcialidade do julgador, que decide conforme sua íntima convicção.
- d) Clara separação entre acusador, juiz e defensor.
- e) Uma investigação prévia seguida de um processo com ampla defesa e contraditório.

3. O sistema processual penal misto foi estabelecido a partir do Código Napoleônico de 1808 e, segundo o entendimento de muitos autores, é um dos sistemas processuais mais adotados hoje pelos códigos de processo penal dos países ocidentais, em que pese o fato de que as constituições democráticas acentuam os contornos de um sistema acusatório (NUCCI, 2018).

Marque a alternativa que apresenta características do sistema acusatório.

- a) Parcialidade do julgador, que decide conforme sua íntima convicção.
- b) Sigilo em todos os atos processuais.
- c) Ausência de ampla defesa e contraditório.
- d) Separação entre acusador, juiz e defensor durante toda a persecução.
- e) Uma investigação prévia e inquisitória, seguida de um processo com ampla defesa e contraditório.

Referências

- ANDREUCCI, R. A. **Curso básico de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- AVENA, N. **Processo penal esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Método, 2015
- BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- _____. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- _____. **Código Penal (1940)**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- _____. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- _____. **Lei 12.850 (2013)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- _____. **Lei 9.099 (1995)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- _____. **Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3931.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.
- LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.
- NUCCI, G. de S. **Curso de direito processual penal**: Guilherme de Souza Nucci – 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA, E. P. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

Inquérito policial e ação penal

Convite ao estudo

Olá, prezado aluno! Nesta unidade, entraremos em temas mais técnicos e específicos do processo penal, porém não menos importantes.

Na Seção 1 estudaremos o inquérito policial, que é o procedimento administrativo preparatório para o ajuizamento da ação penal.

Passaremos então, na segunda seção, a estudar a própria ação penal, em seus princípios, espécies e características.

Por fim, na Seção 3, estudaremos os aspectos técnicos da inicial acusatória, ou seja, os requisitos da denúncia e da queixa, e, ao final, você terá a oportunidade de elaborar uma inicial concatenando todo o conhecimento que adquiriu.

No final desta unidade, você será capaz de compreender o inquérito policial em todas as suas características, os elementos que compõem a ação penal e saberá propor uma inicial acusatória, o que será essencial para o exercício de sua profissão.

Nas situações-problema da unidade, estudaremos o seguinte contexto de aprendizagem:

José é um delegado de polícia civil recém-concursado que estava de plantão na comarca de Tartarugalzinho, no interior do Amapá, quando recebe a notícia de que um crime de homicídio acaba de ocorrer. João, funcionário de uma das fazendas da região, havia sido atropelado por um trator, em um contexto que indicava crime doloso, pois o veículo

foi conduzido sobre o corpo da vítima três vezes seguidas. João era pai solteiro e o único provedor de uma família de 4 filhos, sendo 3 deles menores de 18 anos. Filipe, seu único filho maior de idade, ainda está na faculdade. O empregador de João é Tício, um dos mais prestigiados produtores rurais do Estado. Na comarca de Tartarugalzinho, trabalharão no caso, em momentos distintos da persecução penal, Amílcar, Promotor de Justiça do Ministério Público do Amapá; Plauto, Juiz de Direito; e Antônio Querubim, advogado contratado por Filipe, filho da vítima.

Os temas são, sem dúvidas bastante apaixonantes, tendo em vista que os inquéritos policiais e ações penais que reverberam na mídia, o que inclui a lava-jato e outras investigações da polícia federal, agora estarão ao alcance do seu entendimento. Vamos à unidade!

Seção 2.1

Da investigação preliminar

Diálogo aberto

Olá, aluno! O inquérito policial é um tema apaixonante e instigantes por si só. É só ligar a televisão para ouvir sobre as complexas e polêmicas investigações presididas pela polícia federal. Lembra-se do caso narrado na situação-problema?

José é um delegado de polícia civil recém-concursado que estava de plantão na comarca de Tartarugalzinho, no interior do Amapá, quando recebe a notícia de que um crime de homicídio acaba de ocorrer. João, funcionário de uma das fazendas da região, havia sido atropelado por um trator, em um contexto que indicava crime doloso, pois o veículo foi conduzido sobre o corpo da vítima três vezes seguidas. João era pai solteiro e o único provedor de uma família de 4 filhos, sendo 3 deles menores de 18. Filipe, seu único filho maior de idade, ainda está na faculdade. O empregador de João é Tício dos Reis, um dos mais prestigiados produtores rurais do Estado.

José dirige-se ao local em que ocorreu o crime de homicídio enquanto repassa mentalmente as regras previstas no código de processo penal acerca da fase pré-processual. O que José deverá fazer ao chegar à cena do crime? A partir das informações colhidas, ele poderá instaurar um inquérito policial? Quais são as formas de instauração do inquérito? Caso não consiga elucidar a autoria delitiva, poderá arquivar os autos do inquérito?

Com os conhecimentos desta unidade, você saberá como funciona o inquérito policial e compreenderá melhor os institutos das investigações que, por meio do retumbante populismo da mídia, balançam as estruturas do nosso país. E mais ainda, ao final desta unidade, estaremos preparados para confeccionar a nossa primeira peça processual, qual seja, a petição inicial de uma ação penal pública, a denúncia. Cada elemento aprendido aqui será essencial para a compreensão da forma pela qual se inicia a relação processual. Então, vamos firmes com os nossos estudos.

Inquérito policial: conceito, finalidade, destinatário e natureza jurídica

O ordenamento jurídico brasileiro prevê um procedimento investigatório prévio à ação penal, ou seja, antes do processo propriamente dito. Nesse sentido, em alguns casos (ou na maioria deles que se torna uma ação penal) nos deparamos com uma investigação preliminar realizada pela polícia judiciária (civil ou federal), com o objetivo de buscar as provas mínimas necessárias para fundamentar o início do processo.

O **conceito** trazido por Guilherme de Souza Nucci é bastante didático:

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é servir de lastro à formação da convicção do representante do Ministério Público (opinio delicti), mas também colher provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime (NUCCI, 2018).

Segundo a melhor doutrina, a existência do inquérito policial possui três **fundamentos**: primeiramente, a **busca de um fato oculto**, pois o crime é quase sempre praticado às escondidas e sua descoberta dependerá de uma investigação preliminar. Em segundo lugar, o inquérito serve de **filtro processual** para que acusações infundadas não deem causa à instauração de processos sem justa causa para tanto (o que seria no mínimo irresponsável, pois o processo penal é sempre uma experiência aflitiva ao acusado, especialmente para o inocente). Por fim, o inquérito também possui uma inegável **função simbólica**, pois sua instauração visibiliza a atuação policial e afasta a sensação de impunidade (LOPES, 2018).

Quanto à **finalidade** do inquérito policial, a Lei Federal nº 12830 (BRASIL, 2013), ao tratar das atividades desempenhadas pelo delegado de polícia, no art. 2º, § 1º, dispõe que a investigação preliminar tem como objetivo a apuração de circunstâncias, materialidade e autoria das infrações penais. Ademais, o destinatário também serve como base para providências cautelares.

São **destinatários imediatos** do inquérito: o Ministério Público – titular da ação penal pública – e o ofendido, nas hipóteses de ação penal privada (as características e diferenças de cada uma serão

estudadas na próxima seção). O juiz é o **destinatário mediato** deste procedimento, pois ele servirá como base para o recebimento da inicial acusatória (denúncia ou queixa, institutos que estudaremos daqui a duas seções) e para a fundamentação quanto à necessidade de algumas medidas cautelares, tais como a prisão preventiva. Cumpre ressaltar que, conforme apregoa o art. 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o juiz não poderá condenar o acusado exclusivamente com base nas provas colhidas no inquérito, o que demonstra o caráter probatório relativo do procedimento.

A **natureza jurídica** do inquérito policial é a de **procedimento administrativo**. Destarte, inquérito não é sinônimo de processo, mas sim um procedimento preparatório para o mesmo, o que explica algumas de suas características que serão estudadas a seguir.

Características do inquérito policial

O inquérito policial é substancialmente diferente do processo penal, o que proporciona uma série de características que são desdobramentos lógicos desta natureza administrativa.

Trata-se de um procedimento **inquisitorial**, pois a ampla defesa e o contraditório não estão presentes durante a investigação. As óbvias finalidades desta ausência são a agilidade e a eficácia da apuração. Dessa maneira, o investigado não terá, via de regra, oportunidade de se manifestar perante as provas colhidas pela autoridade policial antes do início do processo penal propriamente dito. Todavia, é importante destacar a Lei nº 13245 (BRASIL, 2016), recentemente publicada, que deu nova redação ao art. 7º, inciso XXI, da Lei nº 8906, o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (BRASIL, 1994), concedendo ao advogado a prerrogativa de apresentar razões e quesitos em qualquer procedimento investigativo, sob pena de nulidade.

O inquérito é **discricionário**, pois a autoridade de polícia judiciária pode, via de regra, conduzir a investigação da forma que entender mais adequada para elucidar o fato, pois a investigação não possui o rigor procedimental do processo. (TÁVORA, 2015). Assim, embora seja facultado ao advogado requerer diligências durante a investigação, cabe ao delegado de polícia a decisão de atendê-las ou não. Cumpre ressaltar que alguns meios de prova,

como o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, são indisponíveis, devendo ser providenciados pelo delegado.

O **sigilo** é característica que provém da própria lei, pois o art. 20 do Decreto Lei nº 3689/41 do CPP apregoa que “**Art. 20.** A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. (BRASIL, 1941). Assim, não é necessário que o juiz decrete o segredo de justiça, pois o inquérito é sigiloso por sua própria natureza. É importante compreender que este sigilo possui como principal finalidade a proteção do próprio investigado contra eventuais excessos e sensacionalismos, e, é claro, garantir a eficácia das investigações. Até mesmo sem procuração o advogado pode ter acesso ao inquérito, contanto que faça a juntada em 15 dias, em caso de urgência.



Refleta

Vivemos uma época de inegável populismo penal, na qual os principais veículos midiáticos não possuem o menor pudor em mostrar o rosto e a identidade de indiciados e investigados muito antes do término das investigações policiais, em nome de um pretenso interesse público. Será que tais violações são legítimas? Até que ponto deve ir a liberdade de imprensa neste contexto? Seria a liberdade de comunicação um direito absoluto?

Por isso, este caráter sigiloso não se aplica ao juiz, ao advogado e ao Ministério Público. Aliás, o estatuto da OAB, Lei nº 8906 (BRASIL, 1994), em seu art. 7º, XIV, garante ao advogado o direito de consultar os autos de qualquer procedimento investigativo e tirar cópias de peças e anotações. Aliás, o § 11 do citado artigo emenda que a autoridade policial somente “ (...) 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 é outra a opinião do Supremo Tribunal Federal, que desde 2009 possui sua Súmula Vinculante 14, que já garantia ao defensor, no processo penal, o amplo acesso às provas já documentadas nos autos do inquérito.



Exemplificando

Algumas diligências necessitam de sigilo para seu sucesso, por exemplo, uma interceptação telefônica. Entretanto, a partir do momento que tal procedimento estiver reduzido a termo, documentado nos autos, a defesa terá amplo acesso a todas as informações.

O inquérito também é um procedimento **escrito**, de forma que todos os atos orais devem ser reduzidos a termo, por força do art. 9º do CPP (BRASIL, 1941). Segundo parte da doutrina, nada impede que outros meios de documentação sejam utilizados, como o sistema audiovisual (TAVORA; ALENCAR, 2015).

A **dispensabilidade** é uma das mais importantes características, pois o inquérito é prescindível para o início da ação penal. Em outras palavras, caso o titular da ação penal – seja o Ministério Público na ação penal pública ou o próprio ofendido na ação penal privada – já tiver o necessário lastro probatório mínimo para embasar a denúncia ou a queixa, a inicial poderá ser oferecida independentemente de qualquer investigação.

O procedimento é ainda **indisponível**, pois, uma vez iniciado o inquérito, a autoridade policial não pode dele dispor, ou seja, o delegado não pode simplesmente mandar arquivar os autos do inquérito, conforme diz o art. 17 do CPP (BRASIL, 1941). O arquivamento é um ato complexo que depende de requerimento do Ministério Público e homologação do juiz. Esta característica não se confunde com a prerrogativa do delegado de indeferir requerimentos do ofendido para abertura de inquérito.

A **inexistência de nulidades** também é citada por alguns, pois, sendo o inquérito um mero procedimento administrativo e não um ato de jurisdição, é tecnicamente incorreto dizer que neles possam existir nulidades, pois estas são consequências das irregularidades de um processo. Assim, os vícios do inquérito não maculam a ação penal a que este deu origem. É claro que eventual prova ilícita deve ser desentranhada.



Refleta

O que acontecerá se não houver qualquer outra prova, se não a prova considerada ilícita fundamentando a inicial acusatória?

A **incomunicabilidade do indiciado** é característica que o inquérito já teve, porém que hoje está revogada, conforme diz a maior parte da doutrina jurídica. Isto porque a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 136, § 3º, IV, quando dispõe acerca do Estado de Defesa, afirma que, mesmo neste estado de anormalidade, no qual várias garantias individuais estão suspensas, o preso não pode ficar incomunicável. Com muito mais razão, não pode haver incomunicabilidade durante a normalidade institucional.

Por fim, a maior parte da doutrina brasileira afirma que também são características do inquérito a **oficialidade** e a **autoritariedade**, pois o procedimento é presidido por um delegado de polícia de carreira, órgão oficial do Estado e autoridade pública, conforme apregoa o art. 144, § 4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e a **oficiosidade**, porque, havendo crime de ação penal pública incondicionada, deve o inquérito ser instaurado de ofício, ou seja, sem provocação.



Assimile

Para resumir, são características do inquérito policial: discricionariedade; sigilo; autoritariedade; indisponibilidade; dispensabilidade; inexistência de nulidade; oficialidade; **autoritariedade** e oficiosidade; sendo ainda um procedimento necessariamente escrito.

Formas de instauração do inquérito policial

Podemos concluir a partir da análise do art 5º do CPP (BRASIL, 1941), que o inquérito policial pode ser instaurado de 5 maneiras distintas.

A autoridade de polícia judiciária possui o poder-dever de instaurar o inquérito **de ofício** – ou seja, sem provocação – quando toma conhecimento da prática de crime que desafia ação penal pública incondicionada.

Por requerimento do ofendido ou de seu representante legal, cabendo ao delegado de polícia exercer um juízo de tipicidade dos fatos narrados. Ressalte-se que, caso o delegado de polícia indefira a instauração do inquérito, o CPP (BRASIL, 1941), em seu art. 5º, § 2º, permite a interposição de recurso administrativo dirigido ao chefe de polícia.

A instauração é também permitida por **notícia-crime de terceiro**, conforme art. 5º, § 3º do CPP (BRASIL, 1941). Assim, qualquer do povo pode comunicar à autoridade policial a ocorrência de crime de que teve notícia, cabendo ao delegado providenciar investigações preliminares para atestar a plausibilidade das informações, quando estas são dadas anonimamente.

Por orça do artigo 5º, II, do CPP (BRASIL, 1941) inquérito pode ser instaurado ainda **por requisição da autoridade competente**, a saber, o juiz, o Ministério Público ou, em raros casos, o Ministro da Justiça.



Refleta

Considerando o sistema acusatório, do qual os contornos foram delineados pela Constituição Federal, seria constitucional a prerrogativa do juiz de requisitar o início do inquérito policial?

Finalmente, **a lavratura do auto de prisão em flagrante delito** também marca o início do procedimento investigativo.

Serão peças inaugurais dos inquéritos, o próprio auto de prisão em flagrante, as requisições e requerimentos que o provocaram. Nas demais hipóteses, o delegado de polícia deve baixar uma portaria, que nada mais é do que uma peça breve, indicando o nome e o prenome do investigado e da vítima, o dia, local e hora do fato delituoso, determinando-se, ao final, a instauração do inquérito (TAVORA; ALENCAR, 2015).



Saiba mais

Por força dos parágrafos 4º e 5º do art. 5º do CPP (BRASIL, 1941), nos crimes que desafiam ação penal pública condicionada a representação, esta será necessária para a instauração do inquérito e, nos crimes cuja persecução depende de ação penal privada, o inquérito dependerá de requerimento daquele que possui legitimidade para o oferecimento da queixa.

Procedimento e diligências do inquérito policial

Em que pese o fato de que o inquérito policial é um procedimento discricionário, o código de processo penal (BRASIL, 1941), em seus arts. 6º e 7º indica as providências e diligências que

devem ser tomadas pela autoridade policial para melhor elucidar o fato criminoso.

A autoridade de polícia judiciária e seus agentes devem se dirigir ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais; apreender objetos que tiverem relação com o fato; ouvir o ofendido; proceder o reconhecimento de coisas; determinar a realização do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, dentre outras providências.

Cumpra ressaltar que, quando ouvir o investigado, o delegado deve seguir o procedimento para o interrogatório judicial, previsto nos arts. 185 a 196 do CPP (BRASIL, 1941), informando-o do direito de permanecer em silêncio e permitindo a presença do advogado, se houver.

O CPP (BRASIL, 1941) permite ainda, em seu art. 7º, a famosa reprodução simulada dos fatos – contanto que não viole a moralidade ou a ordem pública – procedimento do qual, segundo o STF, o acusado não está obrigado a participar, em nome do princípio da inexistência de autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).



Pesquise mais

Para saber mais sobre os procedimentos e diligências do inquérito penal, leia os arts. 6º e 7º do CPP e os comentários constantes no tópico 13, do capítulo II do livro Curso de Direito Processual Penal.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

Prazos do inquérito policial

A autoridade policial possui um prazo para finalizar as investigações, que não podem se estender indefinidamente. Conforme o art. 10 do CPP (BRASIL, 1941), o prazo será de **10 dias improrrogáveis**, quando o investigado estiver **preso**, em flagrante ou preventivamente, contando-se este período a partir da execução da prisão. Entretanto, quando o investigado estiver **solto**, o prazo será de **30 dias**, prorrogáveis por decisão do juiz em casos de difícil elucidação.

Existem prazos especiais, previstos na legislação extravagante. Os inquéritos a cargo da **polícia federal** devem ser concluídos em **15 dias, prorrogáveis** por igual período, uma única vez – por decisão judicial – caso o investigado esteja **preso** e por **30 dias**, também prorrogável, caso esteja solto, conforme prevê a Lei nº 5010 (BRASIL, 1966), em seu art. 66.

A Lei nº 11343 (BRASIL, 2006), mais conhecida como lei antidrogas, prevê em seu art. 51 que o prazo para o fim do inquérito é de **30 dias**, duplicáveis – por decisão judicial, ouvido o Ministério Público – caso o investigado esteja **preso** e **90 dias**, igualmente duplicáveis, se estiver **solto**.

A Lei nº1521 (BRASIL, 1951) prevê, em seu art. 10, § 1º, para os **crimes contra a economia popular**, o prazo único e improrrogável de **10 dias**.

Por fim, nos inquéritos militares, o prazo será de **20 dias** quando o investigado estiver **preso** e **40 dias, prorrogáveis por mais 20 dias** pela autoridade militar superior, quando estiver **solto**.

É importante ressaltar que a contagem do prazo deve se dar na forma dos prazos processuais, prevista no art. 798, § 1º do CPP. Todavia, a maior parte da doutrina afirma que, estando o investigado preso, os prazos devem se dar como está descrito no art. 10 do Código Penal (BRASIL, 1940), por ser mais benéfico ao indiciado (NUCCI, 2018).

A desobediência do prazo processual não ocasiona a invalidade da prova colhida, entretanto, prevalece que, caso o investigado esteja preso, o esgotamento do prazo sem a finalização do inquérito deve desaguar no relaxamento da prisão (OLIVEIRA, 2015).

Encerramento do inquérito policial

O código de processo penal estabelece que o inquérito será concluído com um minucioso **relatório**, endereçado ao juiz competente, que deve resumir as diligências feitas pela polícia judiciária. Nesta fase, também deve ocorrer o **indiciamento**, que nada mais é do que informar ao suposto autor do crime que os indícios de autoria convergem para ele, que passa a ser o principal foco do inquérito (TÁVORA; ALENCAR, 2015). A Lei nº 12830 (BRASIL, 2013), estabelece que o indiciamento é ato privativo do

delegado de polícia, embora não vincule a opinião do titular da ação penal. É claro que, caso não chegue à conclusão de que o crime ocorreu, o delegado pode concluir pela sugestão de arquivamento do inquérito.

Após o relatório, o titular da ação penal – Ministério Público ou ofendido – pode oferecer a inicial acusatória com base no inquérito, dando início ao processo penal, ou pode requerer o retorno dos autos à autoridade policial para a realização de novas diligências, conforme art. 16 do CPP (BRASIL, 1941).

Todavia, quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, faltar justa causa ou quando a investigação chega à conclusão de que inexistiu infração penal, o Ministério Público requererá o arquivamento do inquérito policial, que deve ser homologado pelo juiz competente. Importante ressaltar que o juiz deve servir como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e, caso discorde do promotor de justiça ou procurador da república, por força do art. 28 do CPP (BRASIL, 1941), deve enviar os autos para o chefe do ministério público, o Procurador Geral de Justiça – ou a câmara de coordenação e revisão do Ministério Público Federal – de forma que o próprio Ministério Público decidirá o destino do inquérito, mantendo a titularidade constitucional da ação penal pública, conforme foi estabelecida pelo art. 129 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em crimes que desafiam ação penal privada, não haverá arquivamento e, após o relatório, o inquérito ficará à disposição do ofendido ou seu sucessor.

Na próxima seção estudaremos sobre todas estas espécies de ação penal.

Sem medo de errar

Olá, aluno. Imagine que você é José, delegado de polícia, e que vai até a fazenda na qual ocorreu o crime, para realizar as atividades necessárias a este momento pré-processual.

Conforme estabelece o art. 6º do CPP (BRASIL, 1941), a autoridade policial deve dirigir-se ao local, conservar o estado das

coisas até a chegada dos peritos, ouvir testemunhas e apreender provas importantes para a elucidação do fato.

Assim, você deveria, ao chegar no local, assegurar que as provas não seriam modificadas antes da chegada dos peritos, tomar o depoimento de algumas pessoas que testemunharem o crime.

Poderá até mesmo prender em flagrante o agente se houver uma das hipóteses do art. 302 do Código de Processo Penal (que merece ser lido, tendo em vista que o auto de prisão em flagrante serve como peça inicial do inquérito policial).

O inquérito policial poderá, sim, ser instaurado, pois trata-se de um crime de ação penal pública incondicionada (homicídio) que autoriza a instauração do inquérito até mesmo de ofício pela autoridade policial, conforme artigo 5º do CPP.

Caso você instaure o inquérito policial, não poderá arquivá-lo, pois trata-se de procedimento indisponível, conforme art. 17 do CPP (BRASIL, 1941). O arquivamento dependerá de requerimento do Ministério Público e homologação pelo juiz.

Avançando na prática

Sigilo do inquérito penal

Descrição da situação-problema

Imagine-se na pele de um delegado de polícia, presidindo o inquérito policial na investigação de um homicídio, quando, Thiago, advogado que se identifica como procurador do investigado, gostaria de ter acesso ao inquérito policial, entretanto, não possui procuração do indiciado.

Você, como delegado, passa a temer o futuro do inquérito perante a presença do defensor técnico, tendo em vista que há importantes diligências em andamento, incluindo uma interceptação telefônica.

Tentando se lembrar das prerrogativas que possui o advogado, responda: o advogado tem o direito ao acesso aos autos do inquérito policial? Poderá você negar o acesso sobre alguma justificativa?

Resolução da situação-problema

O estatuto da OAB assegura ao advogado o direito ao acesso de todas as provas já documentadas em qualquer investigação, mesmo sem procuração. O delegado pode estabelecer o sigilo apenas quanto às diligências ainda não documentadas, para manter a eficácia das mesmas. Um bom exemplo é a interceptação telefônica, cujo conhecimento só será franqueado quando tiver terminado.

Faça valer a pena

1. O inquérito policial é o procedimento administrativo prévio à instauração da ação penal, que tem como finalidade investigar o crime para reunir os indícios probatórios mínimos para possibilitar o início do processo.

Marque a alternativa que apresenta uma característica do inquérito policial.

- a) O inquérito policial possui ampla publicidade, pois todos devem ajudar a elucidar um crime para buscar justiça.
- b) O inquérito policial é inquisitivo, pois, via de regra, não há ampla defesa e contraditório neste procedimento.
- c) O inquérito policial é disponível, pois o delegado de polícia pode mandar arquivar os autos se assim desejar.
- d) O inquérito policial é indispensável, pois é sempre necessário para fundamentar a inicial acusatória.
- e) O inquérito policial é oral, pois as diligências realizadas não precisam ser reduzidas a termo.

2. O inquérito policial é um procedimento sigiloso por sua própria natureza. Não deve haver publicidade de seus atos, o que existe para preservar os envolvidos de eventuais abusos e sensacionalismos e garantir a eficácia das investigações.

Quanto ao sigilo no inquérito policial, marque a alternativa correta.

- a) O sigilo é absoluto, sendo oponível até mesmo ao juiz e ao Ministério Público.
- b) O sigilo não é oponível ao juiz e ao Ministério Público, mas é ao advogado.
- c) O sigilo do inquérito não se refere ao advogado em nenhuma hipótese.

d) O sigilo do inquérito não é oponível ao advogado, no que se refere às provas já documentadas.

e) O sigilo do inquérito é oponível ao Ministério Público, mas não ao juiz.

3. O inquérito policial possui prazos legais para seu encerramento. A desobediência destes prazos pode gerar o relaxamento de eventual prisão processual que tenha sido instaurada durante as investigações.

Marque a alternativa que dispõe acerca do prazo para a conclusão do inquérito policial, nos crimes previstos na lei antidrogas, quando o investigado estiver preso.

a) 30 dias, prorrogáveis por igual período.

b) 10 dias, improrrogáveis.

c) 15 dias, improrrogáveis.

d) 30 dias, improrrogáveis.

e) 10 dias, prorrogáveis por igual período.

Seção 2.2

Ação processual penal I

Diálogo aberto

Olá, aluno! Nesta seção estudaremos a ação penal, que é o direito de provocar o juiz para aplicação da sanção na esfera criminal. Quando alguém pratica uma infração penal, o processo só pode ser iniciado por meio da ação penal, normalmente sobre a titularidade do Ministério Público na figura do promotor de justiça, mas, em casos raros que ao final você conhecerá, a própria vítima do crime poderá ajuizar a ação. É justamente a forma como primeiro se exterioriza a ação no processo penal que deverá limitar a acusação e, conseqüentemente, o julgamento. Isso decorre de um dos princípios dessa ciência, segundo o qual o acusado não pode responder por nenhum crime que não esteja devidamente narrado (ao menos narrado) na petição inicial do processo penal (denúncia ou queixa). Inquestionável a importância dessa matéria para o contexto da disciplina. Para além disso, o conteúdo de ação penal é necessário para compreender os seus titulares, os requisitos da peça e a função dos sujeitos durante o trâmite processual.

No contexto de aprendizagem, José dos Palmares, delegado de polícia, conduziu a investigação criminal após um crime contra a vida cometido em uma fazenda.

Amílcar de Oliveira, promotor de justiça do Ministério Público do Amapá, recebeu o relatório do inquérito policial feito por José. As investigações concluíram que os indícios de autoria apontam para Mévio da Silva, colega de trabalho de João dos Anzóis, e que o homicídio foi motivado por uma promessa de recompensa feita por Tício dos Reis, dono da fazenda em que os dois trabalhavam, pois, a vítima havia descoberto as conexões do grande fazendeiro com o narcotráfico. Pergunta-se: a responsabilidade de iniciar a ação penal é de Amílcar? Ele precisará da representação dos herdeiros da vítima? Quais são os princípios da ação penal pública que guiarão a atuação do promotor? Caso Amílcar, ao invés de denunciar, proponha o arquivamento do inquérito por falta de justa causa para a propositura

da ação penal, Plauto Aguiar – juiz de direito competente para o caso – será obrigado a homologar o arquivamento?

Não pode faltar

Ação processual penal, conceito, características e titularidade

No momento em que a investigação está concluída – ou mesmo quando não houver qualquer procedimento investigatório, mas existir suficientes indícios de autoria e prova da materialidade do crime – o processo penal deve ser propriamente iniciado. Para que isso aconteça, a **ação processual penal** deve ser proposta por aquele que possui a titularidade para tal, prerrogativa esta atribuída pela própria Constituição Federal.

Para a **definição de ação penal**, utilizaremos o conceito de Guilherme de Souza Nucci: ação penal “é o direito do Estado-acusação ou do ofendido de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto” (NUCCI, 2018, p. 272). Portanto, é por meio da ação penal que o Ministério Público – ou o ofendido nos casos em que a lei assim permite – provoca o Estado-juiz para a aplicação da ação penal via processo penal.

Como **características da ação penal**, podemos dizer que ela é um direito público, autônomo, abstrato, instrumental e subjetivo.

É **público, pois é exercido perante o Estado**. Afinal, o objetivo da ação penal é provocar o Estado para que este, por meio da jurisdição, aplique a pena ao praticante de infração penal.

É **autônomo porque não depende do direito material**. O direito de punir e o direito de provocar a jurisdição para aplicar a punição não se confundem.

É **abstrato, pois não depende do resultado final do processo**. Mesmo que o pedido condenatório seja julgado improcedente e que o réu seja absolvido, o direito de ação terá sido plenamente exercido.

É **instrumental, pois serve como meio para a instauração do processo**, permitindo-se que o Estado exerça, a partir dele, o direito de punir.

É **subjetivo, pois seu titular é sempre determinado**, sendo em regra o Ministério Público, mas também o ofendido pelo delito em alguns casos, como veremos. Futuramente, como promotor de justiça ou advogado criminalista, você poderá exercer a ação penal pública ou privada, com os conhecimentos que aprenderá aqui.



Assimile

A ação penal é o direito público, abstrato, autônomo e subjetivo de provocar a jurisdição para aplicação da pena ao praticante do crime, por meio do processo penal. É exercido pelo Ministério Público ou pela própria vítima em alguns casos.

As condições da ação penal

As condições da ação são requisitos mínimos indispensáveis ao exercício do direito de ação, pois é preciso compreender que a simples existência do processo penal pode trazer consequências irreparáveis à vida de um inocente. Trata-se, portanto, de parâmetros necessários para impedir a propositura de ações penais completamente desmedidas, que podem trazer prejuízo pessoal e patrimonial a quem sequer deveria ter sido processado.

No Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a exigência das condições da ação para o recebimento da inicial acusatória – momento que será esclarecido mais a frente – está prevista no art. 395, II.

As **condições da ação normalmente identificadas como:** interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade da parte. Alguns autores também acrescentam a justa causa como quarta condição, opção que seguiremos nesta explanação.

O **interesse de agir** possui três significados. A ação penal só se justifica se houver necessidade, adequação e utilidade. A **necessidade** da ação penal para aplicação da pena é presumida, pois não há outra forma de deflagrar o processo penal. A **adequação** está presente quando os procedimentos previstos no Código de Processo Penal são rigorosamente respeitados. Já a **utilidade** consiste na exigência de que a ação penal possa desaguar em um resultado útil para seus fins (não há utilidade se o crime já estiver prescrito, por exemplo, pois a extinção da punibilidade impede a aplicação da pena).

A **possibilidade jurídica do pedido** diz respeito à exigência de que o crime narrado seja digno de aplicação de pena (pois este será o pedido da acusação), ou seja, a inicial acusatória deve narrar uma conduta que corresponda a um fato típico, ilícito e culpável. Parte da doutrina tende a não mais considerar esta condição da ação, pois o Código de Processo Civil de 2015 não mais a emprega e, no processo penal, a possibilidade jurídica do pedido advém da própria legalidade preenchida pelo tipo penal.

A **legitimidade para a causa** (*legitimatio ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda, ou seja, a ação só pode ser proposta por quem é titular do interesse que se quer realizar e contra aquele cujo interesse deve ficar subordinado ao do autor (TÁVORA; ALENCAR, 2015). No processo penal, o autor da ação deve ser o Ministério Público, nos casos de ação penal pública, e o ofendido ou seus substitutos, nos casos de ação penal privada. O sujeito passivo da demanda será o réu ou querelado sobre os quais pairam os indícios de autoria ou de materialidade.

A **justa causa** consiste no lastro probatório mínimo que demonstre indícios de autoria e materialidade do delito (TÁVORA; ALENCAR, 2015), normalmente obtidos por meio do inquérito policial, mas não necessariamente, pois já aprendemos que este é um procedimento dispensável para a propositura da ação. Alguns autores afirmam ainda que a justa causa seria a síntese de todas as condições da ação: inexistindo uma delas, inexistirá justa causa (NUCCI, 2018).

É importante ressaltar que, segundo a maior parte da doutrina, as condições da ação devem ser analisadas no momento de propositura da ação, a saber, no instante em que o juiz recebe a inicial acusatória.



Exemplificando

Quando já tiver ocorrido extinção da punibilidade, não haverá interesse de agir. Quando o caso narrado na inicial acusatória não for tipificado como crime, não haverá possibilidade jurídica do pedido. Caso o ofendido ajuíze queixa em casos de ação penal pública, não haverá legitimidade para a causa. Por fim, se não houver indícios probatórios mínimos de autoria e materialidade para a propositura da ação penal, não haverá justa causa.

Vejamos agora as espécies de ação penal, que se dividem pelo critério da titularidade: a ação penal pública – de titularidade do Ministério Público – e a ação penal privada – de titularidade do próprio ofendido.

Ação penal pública incondicionada: conceito, titularidade e princípios informadores

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 129, I, atribuiu ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública na forma da lei, o que é reforçado pelo art. 24 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Esta é a regra geral do processo penal brasileiro: quando a lei nada disser, a ação penal será promovida pelo ministério público, por meio do seu representante – o promotor de justiça, no contexto Estadual, ou o procurador da república na justiça federal – sem a necessidade de qualquer representação da vítima, uma vez que, como veremos, ação penal pública será obrigatória.

A doutrina processual aponta 7 princípios que fundamentam a ação penal pública incondicionada. São eles:

Obrigatoriedade: quando todas as condições da ação estão presentes, o Ministério Público deverá ajuizar a ação penal, ou seja, não poderá fazer um juízo de conveniência ou oportunidade.



Saiba mais

Alguns doutrinadores afirmam que a lei processual penal possui algumas mitigações ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. A primeira consistiria na transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995), pois trata-se de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade em troca da extinção da punibilidade, devido a um acordo entre o suposto autor do fato e o Ministério Público em crimes de menor potencial ofensivo. A segunda consiste na possibilidade de não oferecimento da ação penal na colaboração premiada, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 1.2850 (BRASIL, 2013).

Indisponibilidade: uma vez oferecida a ação penal, o Ministério Público não pode dela desistir, conforme previsto no art. 42 do CPP (BRASIL, 1941). Quando a instrução processual penal revela que o réu é inocente, poderá o Ministério Público pedir a absolvição, mas

não terá a prerrogativa de dispor da ação, como faz o autor de uma ação civil. Nos próximos períodos de sua formação em direito, você verá que o recurso processual penal representa o desdobramento do direito de ação, por isso, em que pese o fato de que o Ministério Público não seja obrigado a recorrer da decisão que julga seu pedido improcedente, quando o fizer, não poderá desistir do recurso.

Saiba mais

A doutrina afirma que também existe uma mitigação ao princípio da indisponibilidade. Trata-se da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9099 (BRASIL, 1995), a partir da qual o procedimento processual penal poderá ser suspenso por um período de prova de 2 a 4 anos, após o qual haverá extinção da punibilidade.

Oficialidade: o Ministério Público, órgão oficial do Estado, é o titular da ação penal pública.

Autoritariedade: o promotor de justiça, ou procurador da República na justiça federal, é o representante do Ministério Público e, por isso, autoridade pública.

Oficiosidade: a ação penal pública incondicionada deve ser ajuizada de ofício, ou seja, independentemente de qualquer provocação.

Intranscendência: também chamado de princípio da pessoalidade, apregoa que a ação penal só pode ser proposta contra aquele sobre o qual pairam indícios de autoria ou participação em ação penal. É desdobramento lógico do princípio previsto no art. 5º XLV da CF (BRASIL, 1988): nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

(In)Divisibilidade: apregoa que a ação penal deve estender-se a todos os indivíduos que praticaram o crime ou contravenção, não podendo o Ministério Público escolher contra quem oferece a inicial acusatória. Entretanto, parte da doutrina e da jurisprudência afirmam que tal princípio pertence apenas à ação penal privada, pois o Ministério Público poderia optar por processar posteriormente parte dos envolvidos, com o objetivo de angariar maiores elementos probatórios para fundamentar a denúncia, realizando assim o aditamento desta inicial (TÁVORA; ALENCAR, 2015). Acreditamos que a discussão tem pouca utilidade, pois a ação penal pública é obrigatória, o que exige a acusação de todos os praticantes de crime.

Ação penal pública condicionada. Representação da vítima e requisição do ministro da justiça

O Ministério Público também é o titular da ação penal pública condicionada, porém o legislador escolheu estabelecer uma condição de procedibilidade ao seu início. A ação penal é condicionada à representação da vítima em alguns crimes mais leves ou naqueles em que esta é ofendida em sua intimidade, como nos delitos contra a liberdade sexual, lesões leves ou ameaça.

A **representação do ofendido**, é, como dito, uma condição de procedibilidade da ação penal pública nas hipóteses exigidas por lei, normalmente para preservar a intimidade da vítima, dando-a a prerrogativa de escolher se o processo penal vai ou não se iniciar. Consiste na simples manifestação de vontade em prol do início do processo penal.

Conforme art. 24 do CPP (BRASIL, 1941), quando for necessária, a representação deve ser oferecida em **6 meses a contar do conhecimento da autoria** e não possui rigor técnico, sendo desnecessária a presença de advogado. Em caso de morte ou declaração de ausência da vítima, a representação pode ser ofertada pelo **cônjuge, ascendente, descendente ou irmão** da vítima.

Cabe **retratação** da representação antes do oferecimento da denúncia, caso a vítima volte atrás em sua vontade de representar, conforme art. 25 do CPP (BRASIL, 1941). Cumpre ressaltar que a lei Maria da Penha permite que a retratação se dê até o recebimento da denúncia, em audiência especificamente designada para este fim – art. 16 da Lei nº 11340 (BRASIL, 2006).

Como exemplos de crimes que desafiam a ação penal pública condicionada à representação, estão os crimes de lesão corporal leve ou culposa, do art. 88 da Lei 9.099/1995; ameaça, do art. 147 do CP (BRASIL, 1940); e crimes contra a liberdade sexual, como estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual, do art. 225 do CP (BRASIL, 1940).



Pesquise mais

Em 2012, durante histórico julgamento da ADI 4424, o STF decidiu que o crime de lesão corporal praticado no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher é crime de ação pública incondicionada, ainda que

a lesão seja leve ou culposa. Pesquise sobre as razões desta decisão lendo seu resumo no site do próprio STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

Algumas infrações são **condicionadas à requisição do Ministro da Justiça**, por pura opção política, como nos crimes contra a honra do presidente da República ou chefe de governo estrangeiro – art. 145, parágrafo único do código penal (BRASIL, 1940).

Ação penal de iniciativa privada: conceito, titularidade e princípios informadores

Nos casos de ação penal privada, a titularidade será do próprio ofendido, que dará início à ação penal por meio de seu advogado, pelo oferecimento da queixa, que nada mais é do que a petição inicial da ação penal privada. Importante notar que se trata de verdadeira substituição processual, pois ele defende em nome próprio interesse alheio, uma vez que o direito de punir continua pertencendo exclusivamente ao Estado.

O objetivo da ação penal privada é evitar o *strepitus iudicii*, ou seja, o escândalo ou constrangimento causado pela divulgação do fato em juízo. Assim, é costumeiro afirmar que a ação penal privada é reservada para crimes nos quais o interesse privado predomina sobre o interesse público.



Refleta

Alguns autores, a exemplo de Eugênio Pacelli, defendem que a ação penal privada não cumpre o papel, pois não se pode justificar o afastamento do Ministério Público com base em uma suposta defesa de interesse individual da vítima. Primeiramente, porque não há como se aceitar a existência de qualquer tipo penal que não tutele valores cuja proteção seja exigida por toda a sociedade e, em segundo lugar, a exigência de representação em alguns casos já cumpriria esta função. O que você acha?

A ação penal privada também possui alguns **princípios informadores**. São eles:

Oportunidade e conveniência: a vítima – e em caso de morte ou ausência o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão – possui a opção de oferecer ou não a queixa em 6 meses a partir do conhecimento da autoria, podendo até mesmo renunciar do direito.

Disponibilidade: o querelante – titular da ação penal privada que oferece a queixa – pode desistir da ação penal proposta através dos institutos do perdão – arts. 51 a 59 do CPP (BRASIL, 1941) – e da perempção – art. 60 do CPP (BRASIL, 1941).

Intranscendência: da mesma forma que ocorre na ação penal pública, só pode ser proposta contra aquele agente sobre o qual pairam indícios de autoria ou participação em ação penal. É desdobramento lógico do princípio previsto no art. 5º XLV da CF (BRASIL, 1988): nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Indivisibilidade: por força do art. 48 do CPP (BRASIL, 1941), o querelante não pode escolher contra quem oferece a queixa. Deve processar todos os sujeitos ativos que praticaram determinado delito, ou não poderá fazê-lo contra nenhum. Tal instituto existe para impedir que a ação privada seja utilizada como instrumento de vingança contra pessoas específicas. Assim, se o ofendido renunciar ao direito de queixa contra um dos acusados, a renúncia automaticamente se estenderá aos demais. Caso perdoe um deles após o início da ação penal, o perdão será ofertado para os demais que podem ou não aceitar, ocorrendo a extinção da punibilidade de quem o fizer. Caso deixe de oferecer a queixa contra um dos coautores por total ignorância, o Ministério Público, agindo como fiscal da lei, informará o juiz para que este dê oportunidade de aditamento da queixa.

Ação penal privada subsidiária da pública

A própria Constituição Federal estabelece que, nos crimes de ação penal pública, em caso de inércia do Ministério Público, o ofendido poderá iniciar a ação penal. Assim, caso seu cliente sofra uma tentativa de homicídio e o promotor de justiça responsável deixe esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia, você poderá ajuizar o que se chama de queixa crime substitutiva e iniciar

o processo criminal perante o tribunal do júri, por força do art. 29 do CPP (BRASIL, 1941).

É importante notar que este instituto depende de completa inércia do Ministério Público e não pode ser exercitado se o promotor de justiça com atribuição no caso requerer o arquivamento do inquérito policial. Ademais, quando ajuizada a queixa substitutiva, o Ministério Público participará de todos os atos processuais, podendo até rejeitar a queixa e ajuizar a denúncia, pois trata-se de crime de ação penal pública.

Na próxima seção, estudaremos mais sobre as iniciais acusatórias, ou seja, sobre as denúncias e queixas, e você terá a chance de redigir uma. Até mais!

Sem medo de errar

Na situação-problema narrada acima, Amílcar é o promotor de justiça com atribuição para atuar no homicídio narrado e investigado pela polícia judiciária, função que você, aluno, poderá exercer. Vamos às respostas para as indagações profissionais.

A responsabilidade de iniciar a ação penal é de Amílcar, pois o promotor de justiça é o representante do Ministério Público, e este é o titular privativo da ação penal pública, conforme dispõe o art. 129, I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O crime de homicídio qualificado é de ação penal pública incondicionada, razão pela qual Amílcar deverá ajuizar a denúncia independentemente de qualquer provocação. Devemos dizer “deverá”, pois, no Brasil, a ação penal pública é regida pelos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade. O Ministério Público não poderá ponderar se oferece ou não a denúncia com base em uma análise de conveniência e oportunidade.

Caso Amílcar chegue à conclusão de que não é a hipótese de oferecimento da denúncia e requeira o arquivamento do inquérito policial, não poderá a vítima ajuizar a queixa substitutiva, pois esta só é possível em caso de completa inércia do Ministério Público, conforme consta no art. 29 do CPP (BRASIL, 1941). Por fim, perante o pedido de arquivamento, o juiz não será obrigado a aceitar caso entenda que é hipótese de oferecimento de denúncia. Neste

contexto, deverá remeter os autos ao procurador geral de justiça, para que este decida se a denúncia será ou não ofertada, conforme art. 28 do CPP.

Avançando na prática

Ação penal privada substitutiva

Descrição da situação-problema

Fábio, promotor de justiça criminal da comarca de Macapá, perdeu o prazo para o oferecimento de denúncia contra Amanda pelo homicídio de Arthur. Considerando o farto material probatório produzido pela polícia judiciária, o filho da vítima, Filipe, procura você, advogado recém-formado em direito, e te pergunta o que pode ser feito neste caso.

Resolução da situação-problema

Em caso de inércia do Ministério Público, torna-se possível o oferecimento da ação penal privada subsidiária da pública, por força do art. 29 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), mesmo que o crime seja de ação penal pública incondicionada.

Isso porque a ação penal pública incondicionada é obrigatória e a vítima do crime também se torna fiscal desta obrigatoriedade. Caso não houvesse esta norma, a omissão do Ministério Público levaria à impunidade pela prescrição dos crimes.

Assim, você, como advogado constituído da vítima, com fundamento nos elementos de prova colhidos em inquérito policial, pode oferecer a queixa substitutiva e iniciar a ação penal. É fato que o Ministério Público ainda pode rejeitar a queixa substitutiva e oferecer a denúncia, mas, neste caso, terá a ação privada subsidiária realizado sua finalidade: provocar o início da ação penal perante à inércia do MP.

Faça valer a pena

1. A ação penal é o direito do Estado-acusação ou do ofendido de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto (NUCCI, 2018).

Marque a alternativa em que há uma característica da ação penal.

- a) A ação penal não é um direito instrumental.
- b) A ação penal é um direito abstrato.
- c) A ação penal é um direito dependente do direito material.
- d) A ação penal é um direito objetivo.
- e) A ação penal não é um direito.

2. A ação penal pública é exercida privativamente pelo Ministério Público, conforme art. 129, I, da Constituição Federal, por meio de seu representante, o promotor de justiça ou procurador da república.

Marque a alternativa em que apenas estão listados princípios da ação penal pública incondicionada.

- a) Conveniência ou oportunidade, intranscendência, indivisibilidade, oficiosidade.
- b) Obrigatoriedade, disponibilidade, autoritariedade, oficiosidade.
- c) Obrigatoriedade, Indisponibilidade, autoritariedade, oficiosidade.
- d) Intranscendência, indisponibilidade, conveniência ou oportunidade.
- e) Intranscendência, indisponibilidade, oficialidade, autoritariedade.

3. Na ação penal privada, o próprio ofendido possui a titularidade do direito de ação. Trata-se, no entanto, de substituição processual, pois o ofendido defende direito alheio em nome próprio, uma vez que, embora seja ele o titular da ação penal, o direito de punir pertence exclusivamente ao Estado.

Marque a alternativa correta sobre a ação penal privada.

- a) A ação penal privada é ajuizada por meio da denúncia, que é a sua petição inicial, manejada pelo próprio ofendido, por intermédio de seu advogado.
- b) Cabe ação penal privada subsidiária da pública sempre que o Ministério Público não oferecer a inicial acusatória, independentemente do motivo.
- c) A ação penal privada se fundamenta nos princípios da indivisibilidade, obrigatoriedade, intranscendência e disponibilidade.
- d) Cabe ação penal privada subsidiária da pública quando o Ministério Público deixar transcorrer o prazo para oferecimento da denúncia.
- e) Cabe ação penal privada em crimes como ameaça, lesão corporal leve e estupro, pois nestes a própria vítima deve ajuizar queixa.

Seção 2.3

Ação processual penal II

Diálogo aberto

Olá, aluno!

Nesta importante seção, faremos a explicação sobre uma das mais importantes peças processuais do processo penal. Aprenderemos os requisitos e a elaboração da acusação formal. Teremos a oportunidade de esclarecer as peculiaridades da Denúncia, quando se tratar de ação penal pública, bem como as exigências para a apresentação da queixa-crime na hipótese de ação penal privada. Em todos os casos, restará absolutamente inquestionável que a função da peça acusatória é justamente delimitar os fatos para que o réu/querelado tenha ciência, desde o início, tudo que versa sobre a investigação.

Antes, vamos à situação-problema desta seção.

Imagine que Amílcar, promotor de justiça criminal com atribuição para atuar na comarca de Macapá, se depare com um novo caso. Este representante do Ministério Público recebe o relatório de um inquérito policial que reúne prova da materialidade e indícios de autoria de um crime de roubo qualificado pela morte da vítima. Na investigação, uma câmera de segurança gravou quando Zeus da Silva abordou Hercules de Souza, quando este saía de uma agência bancária na cidade de Macapá, e, por meio da grave ameaça instrumentalizada com uma arma de fogo, exigiu que lhe fosse entregue todo o dinheiro. Hercules reagiu, e, após uma rápida luta corporal, Zeus deferiu-lhe três tiros no tórax, matando-o de imediato. Quando Zeus se abaixou para pegar os bens que Hercules trazia, uma viatura apareceu com as sirenes ligadas, o que fez o agente fugir sem nada levar.

Exercite seus conhecimentos e, na posição de Amílcar, redija a inicial acusatória endereçada ao juiz de direito da comarca de Macapá. Lembre-se de todos os requisitos da inicial e articule cada um deles em uma peça processual com princípio, meio e fim. Como profissional do direito, você redigirá milhares de peças futuras.

Denúncia: conceito e requisitos

A partir do momento em que a investigação criminal chega ao fim, o conjunto probatório angariado servirá para fundamentar a peça acusatória que dará início à ação penal, a qual os principais conceitos já analisamos na seção passada.

A **denúncia** é a petição inicial da ação penal pública, peça privativa no Ministério Público e a direito de ação será exercitado com seu oferecimento. Podemos dizer, mais precisamente, que a ação penal estará propriamente ajuizada no momento em que o órgão julgador recebe a denúncia, o que permitirá que o acusado seja citado, completando assim a formação da relação jurídica processual, dando início ao processo penal, conforme disposto no art. 363 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

A denúncia é, portanto, uma peça escrita e enxuta da qual os **requisitos** estão resumidos nos arts. 41 e 44 do Código de Processo Penal. Preste bastante atenção, pois, ao final da unidade, você deverá redigir uma.

Toda petição inicial deve começar com um **endereçamento**, pois a petição nada mais é do que um requerimento por escrito dirigido à uma autoridade. Assim, o endereçamento ao juiz competente para exercer a jurisdição que será o início da denúncia. Listaremos a seguir os pontos relativos ao conteúdo da inicial, conforme consta em lei.

Primeiramente, a denúncia deve conter a **exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias**. Importante notar que, conforme o entendimento consagrado na jurisprudência e doutrina processual penal, o agente se defende dos fatos e não necessariamente da capitulação jurídica que estes recebem. Por isso, é de extrema importância que a denúncia descreva todos os fatos que consubstanciam as **elementares do crime, as qualificadoras e as causas de aumento de pena**. Também é importante que a denúncia possua a descrição do meio e do modo pelo qual o crime foi feito. Não é necessário narrar as circunstâncias agravantes, pois o juiz pode reconhecê-las de ofício, com fundamento no art. 385 do CPP (BRASIL, 1941). A peça que narra pobremente os fatos é

inepta, devendo ser rejeitada, com fundamento no art. 395, I, do CPP (BRASIL, 1941).

Em segundo lugar, a denúncia deve conter a **qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo**. Tipicamente, a denúncia é construída com uma qualificação que inclui: nome e sobrenome do acusado, seu documento de identidade e CPF, estado civil, nacionalidade, data de nascimento, profissão, naturalidade, filiação e endereço. Entretanto imagine que estas informações não estão disponíveis e que o agente tenha sido preso em flagrante sem que contribua com nenhuma destas informações. Ainda sim seria possível denunciá-lo? A resposta é afirmativa, pois o próprio CPP permite que a acusação o identifique por apelido, tatuagens e características físicas marcantes. O art. 259 dispõe que “a impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, **quando certa a identidade física**”. Assim, quando identificado o réu, pode-se retificar a denúncia por termo nos autos e os atos anteriores permanecerão válidos.



Pesquise mais

Vale lembrar que o procedimento da identificação criminal, previsto na Lei nº 12.037 (BRASIL, 2009) ajudará especialmente quando o acusado não possuir identificação civil. A lei prevê expedientes como a identificação datiloscópica.

O terceiro ponto é a **classificação do crime**. A denúncia deve conter a capitulação jurídica da infração, ou seja, o promotor de justiça deve tipificar a conduta delitiva, afirmando qual foi a norma incriminadora violada, indicando o artigo e o nomem iuris do crime.



Assimile

Importante notar que o acusado se defenderá dos fatos imputados e não da capitulação jurídica dada pelo acusador. Aliás, o juiz, ao decidir pela condenação ao final do processo, pode conceder tipificação distinta, mesmo que isso prejudique o réu, contanto que se atenha aos fatos narrados e provados durante a instrução. Caso novo fato criminoso seja mencionado durante o processo, será necessário o **aditamento**

da denúncia para incluí-lo. Esta é a diferença entre *emendatio* e *mutatio libeli* contida no art. 383 e 384 do CPP (BRASIL, 1941) que você estudará com mais propriedade nos próximos semestres, quando analisar a sentença penal e seus institutos correlatos.

Em quarto lugar, deve haver um **rol de testemunhas**. Apesar de ser elemento facultativo (uma vez que a ausência deste rol não gerará inépcia) caso não faça constar o rol de testemunhas, provocará a preclusão (que é a perda da faculdade processual devido ao seu não exercício no momento oportuno). Entretanto o juiz pode ainda ouvir testemunhas não arroladas ao seu critério, conforme consta no art. 209 do CPP (BRASIL, 1941).



Saiba mais

O número máximo de testemunhas varia de acordo com o procedimento. Serão 8 para cada fato criminoso no procedimento comum ordinário, 5 no procedimento comum sumário e 3 no sumaríssimo.

Por fim, deve haver um **pedido de condenação**. Lembre-se que a aplicação de pena é tarefa do juiz, razão pela qual o pedido condenatório será genérico, cabendo ao magistrado, em caso de condenação, aplicar a pena ao caso concreto.

A petição inicial deve terminar com um **nome e assinatura** do autor da ação penal. Denúncia apócrifa (sem assinatura) é ato jurídico inexistente, entretanto, entende-se majoritariamente que haverá mera irregularidade se o membro do Ministério Público se manifestar por meio de cota nos autos, assumindo a autoria da inicial.



Assimile

Os requisitos legais da denúncia são: **a exposição do fato criminoso**, com todas as suas circunstâncias, **a qualificação** do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, **a classificação do crime** e, quando necessário, **o rol das testemunhas**. Além disso,

a petição deve começar com um endereçamento e terminar com a assinatura do responsável pela sua propositura.

Prazos para oferecimento da denúncia

O art. 46 do Código de Processo Penal estabelece que o promotor de justiça – ou procurador da república – possui **5 dias** para oferecimento da denúncia caso o agente esteja preso, e **15 dias** caso esteja solto. Este prazo começa a contar a partir do momento em que o Ministério Público recebe os autos do inquérito policial.

É importante entender que este **prazo é impróprio**, ou seja, **sua inobservância não causará preclusão** (perda da faculdade processual), pois uma denúncia intempestiva pode ser perfeitamente aceita se respeitar todos os seus requisitos básicos. Entretanto, o atraso para o oferecimento da denúncia, ou seja, fora daquele prazo provocará consequências. Vamos vê-las? Primeiramente, caso o acusado esteja preso, a prisão cautelar deverá ser relaxada se o descumprimento do prazo for considerado desarrazoado (TÁVORA; ALENCAR, 2015). Além disso, na hipótese de o agente encontrar-se solto ou preso, o desrespeito àquele prazo autorizará o ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública, conforme dispõe o art. 29 do CPP (BRASIL, 1941).

Lembre-se também que há **prazos especiais** para o oferecimento da denúncia, contidos na legislação extravagante e referentes aos crimes trazidos nestas leis especiais.

- Na **Lei de drogas**, o prazo é de **10 dias**, conforme art. 54, inciso III, da Lei nº 11343 (BRASIL, 2006).
- Na lei dos **crimes de abuso de autoridade**, o prazo é de **48 horas**, conforme art. 13 da Lei nº 4898 (BRASIL, 1965).
- Para os **crimes contra a economia popular**, o prazo é de **2 dias**, conforme art. 10, § 2º, da Lei nº 1521 (BRASIL, 1951).
- Por fim, nos **crimes eleitorais**, o prazo é de **10 dias**, conforme o art. 357 da Lei nº 4737 (BRASIL, 1965).



Não se esqueça que, em alguns delitos, o oferecimento da denúncia está condicionado à representação da vítima ou à requisição do ministro da justiça. São verdadeiras condições de procedibilidade da ação penal, sem as quais a inicial acusatória não poderá ser ajuizada. Caso não se lembre do que se tratam estes institutos, revise a última seção.

Rejeição e aditamento da denúncia

Além dos requisitos do art. 41, o Código de Processo Penal elenca situações que determinam a rejeição da inicial acusatória no art. 395.

O inciso I dispõe que a denúncia será rejeitada se for **manifestamente inepta**. A inépcia ocorrerá quando a inicial não atender aos requisitos do art. 41, os quais já trabalhamos.



A denúncia que apenas aponta a capitulação do crime praticado, sem descrever de forma minuciosa a conduta criminosa de cada agente, desatende o art. 41, I, e por isso deve ser considerada inepta pelo juiz.

O inciso II afirma pela rejeição perante a **ausência das condições da ação e dos pressupostos processuais**.

São condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para a causa e o interesse processual, temas que já enfrentamos nas seções anteriores.

Quanto aos pressupostos processuais, a doutrina costuma dividi-los em subjetivos e objetivos.

São **pressupostos subjetivos relativos ao juiz**: a **investidura** – é necessário que o juiz esteja investido no cargo, caso concreto sua decisão será inexistente – a **competência** – que é a medida ou especialização da atividade jurisdicional – e a **ausência de suspeição** – é necessário que o juiz seja imparcial para o julgamento do processo, não podendo ser amigo íntimo do réu ou do acusador.

São **pressupostos subjetivos relativos às partes**: a **capacidade de ser parte** – posto que somente maiores imputáveis podem ser

rêus em uma ação penal – a **capacidade postulatória** – que é a prerrogativa do advogado para oferecer a defesa técnica ou ajuizar a queixa. Somente aqueles inscritos na OAB possuem capacidade postulatória, que é a habilitação técnica do profissional do direito. Defensores públicos e membros do Ministério Público possuem capacidade postulatória no exercício de sua função.

É **pressuposto objetivo extrínseco**: a ausência de fatos impeditivos para o regular andamento do processo, como a decadência ou a prescrição.

É **pressuposto objetivo intrínseco**: são aqueles que dizem respeito à regularidade formal dos atos processuais, por exemplo, a denúncia deve ser assinada por membro do Ministério Público (AVENA, 2015).

O inciso III, por fim, apregoa a rejeição da denúncia em caso de **ausência de justa causa**, que se apresenta como o lastro probatório mínimo para dar plausibilidade à acusação.

Alguns autores afirmam que, em uma visão ampliada, a rejeição da denúncia também pode se fundamentar nas hipóteses de absolvição sumária dos arts. 397 do CPP (BRASIL, 1941), ou seja, quando houver prova de excludente de ilicitude, excludente de culpabilidade (salvo inimizabilidade), ausência de tipicidade (como pelo princípio da insignificância) e quando já estiver extinta a punibilidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015).



Saiba mais

A decisão que rejeita a inicial pode ser combatida por meio do recurso em sentido estrito, conforme art. 581, I, do CPP (BRASIL, 1941). No juizado especial criminal, o recurso será o de apelação, conforme dispõe o art. 82 da Lei nº 9.099 (BRASIL, 1995).

O aditamento da denúncia consiste no ato formal de alteração ou reforma da inicial acusatória, e será necessário em caso de descobrimento de novo fato criminoso conexo ou novo fato que modifique a pena ou ainda que represente nova classificação delitiva.

Queixa: requisitos, prazos, omissões, rejeição e aditamento

A queixa é a petição inicial da ação penal privada. Já sabemos que, neste tipo de ação, a própria vítima do crime deverá postular a inicial acusatória, por meio de seu advogado.

Todos os **requisitos** da denúncia previstos no art. 41 do CPP (BRASIL, 1941) devem estar presentes, ou seja, o **querelante** (nome dado àquele que oferece a queixa) deve descrever o fato com todas as suas circunstâncias, trazer a qualificação do acusado e a tipificação do crime e pedido de condenação. Devem ser endereçadas à autoridade competente e assinadas por advogado ou defensor público.

Entretanto a queixa possui um requisito a mais: conforme o art. 44 do Código de Processo Penal, a queixa deve ser acompanhada de **procuração que confere ao advogado poderes especiais** que especifique o **nome do querelante e a menção do fato criminoso**, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de algumas diligências. Importante notar que, segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante, a ausência desta menção pode ser suprida pela assinatura da queixa também pelo próprio ofendido (NUCCI, 2018).



Refleta

Qual seria o objetivo do Código de Processo Penal ao fazer tal exigência para o oferecimento da ação penal privada?

No que tange ao **prazo** para oferecimento, o querelante terá 6 meses a partir do conhecimento da autoria, conforme consta no art. 38 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Trata-se de prazo decadencial, cuja inobservância levará à extinção da punibilidade pela decadência, com fulcro no art. 107, IV do CP. Atenção! Este prazo não será interrompido perante à demora para a conclusão do inquérito policial. Também é importante constatar que, para os menores de idade, o prazo decadencial pode ser exercido a partir do momento em que o ofendido completa 18 anos, nos casos em que o seu representante legal não o faz a partir do conhecimento da autoria (AVENA, 2015).

Importante notar que a **queixa pode ser rejeitada** pelos mesmos motivos que a denúncia, também se aplicando o art. 395 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). A decisão que rejeita a queixa se sujeita aos mesmos recursos que a decisão que rejeita a denúncia.

O Ministério Público atuará na ação penal privada como fiscal da lei, possuindo o poder de aditar a queixa no prazo de 3 dias, podendo até mesmo incluir fato criminoso, mas não incluirá acusado que o ofendido não incluiu, por faltar-lhe legitimidade para a causa (ALVES, 2016).

Ação civil ex delicto: efeitos civis da sentença penal condenatória, legitimidade, competência, requisitos, suspensão da demanda civil

Ação civil ex delicto é a ação ajuizada pela vítima, na esfera cível, para pleitear a reparação civil pelo dano causado pelo crime, quando existente. Como você provavelmente deve saber, a sentença penal condenatória possui efeitos extrapenais, pois o art. 91, I, do Código Penal torna certo o dever de indenizar. Assim, quando o crime gera prejuízo para a vítima, como dano material, moral e até lucros cessantes, a vítima não precisa ajuizar uma ação civil visando o ressarcimento do prejuízo na fase de conhecimento, pois a sentença penal condenatória será título executivo judicial, conforme o art. 515, VI, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

A execução do valor mínimo da indenização (que deve constar da sentença penal condenatória conforme art. 387, IV, do CPP), pode ser efetuada sem prejuízo da liquidação da sentença para apurar o dano total.

A **legitimidade ativa** para a propositura da ação civil *ex delicto* é, segundo o artigo 63 do CPP, do ofendido, seu representante legal e seus herdeiros, no caso de morte ou ausência.

A ação de ressarcimento do dano pode ser proposta no juízo cível desde a prática do fato, caso a parte prejudicada não queira esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. Nestes casos, o juiz da ação cível poderá suspender o curso da ação penal, conforme consta no art. 64 do CPP (BRASIL, 1941).

No que tange à competência processual, o Código de Processo Civil estabelece que o juízo competente para a ação de

conhecimento será o foro do domicílio do autor ou o local do fato, conforme art. 53, V, do CPC. No que tange à ação executória, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do lugar onde deva ser executada a obrigação. Tal informação consta do art. 516, parágrafo único do CPC (BRASIL, 2015).

Sem medo de errar

Caro aluno, na situação-problema da unidade, Amílcar de Jesus, promotor de justiça, recebeu o relatório de um inquérito policial de um crime de latrocínio. Coloque-se na posição dele e elabore a denúncia. Lembre-se dos requisitos legais e tente fazer você mesmo, sem medo de errar.

Redigiremos, aqui, um modelo de inicial acusatória que é uma sugestão referente ao caso narrado. Compare com aquela que você escreveu e corrija as incongruências e incorreções.

Excelentíssimo senhor juiz de direito da vara criminal da comarca de macapá

Inquérito Policial nº X

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ, por intermédio do Promotor de Justiça que assina a presente pena, no uso de suas atribuições legais, vem perante vossa excelência, com fulcro no art. 129, I, da Constituição Federal, e art. 24 do Código de Processo penal, oferecer **DENÚNCIA** em desfavor de:

Zeus da Silva, brasileiro, solteiro, natural de Macapá, portador do CPF X, morador do endereço X, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

Consta do incluso inquérito policial que, no dia X, no endereço X, na comarca de Macapá, o denunciado abordou Hércules de Souza, quando este saía de uma agência bancária na cidade de Macapá, e, pela grave ameaça instrumentalizada com uma arma de fogo, exigiu que lhe fosse entregue todo o dinheiro. Hercules reagiu e, após uma rápida luta corporal, Zeus deferiu-lhe três disparos no Tórax, que foram a causa eficaz de sua morte, conforme consta em laudo pericial presente nos autos de inquérito. Antes que Zeus pudesse

efetivamente subtrair os bens móveis da vítima, foi espantado por uma viatura que passou pelo local com as sirenes ligadas, o que não desvirtua o delito em sua modalidade consumada, por força do enunciado 610 da súmula do STF.

Assim agindo, Zeus da Silva encontra-se incurso no art. 157, § 3º, última parte, do Código Penal, pois praticou crime de roubo qualificado pela morte, razão pela qual este Órgão Ministerial requer a vossa excelência, recebida e autuada esta seja instaurado o devido processo legal, nos moldes do procedimento estabelecido no Código de Processo Penal, citando e interrogando o denunciado, notificando-se as testemunhas abaixo arroladas e prosseguindo-se, nos termos da lei, até final condenação.

Termos em que

Pede deferimento.

Data XX

XXXXXX

Promotor de Justiça do Ministério Público do Amapá

Rol de Testemunhas

- Testemunha 1
- Testemunha 2
- Testemunha 3

Avançando na prática

Ação civil *ex delicto* em casos de morte da vítima

Descrição da situação-problema

Considere a história fictícia a seguir para traçar uma estratégia como profissional do direito. Imagine que Fátima, filha de José Afonso, morto criminalmente em latrocínio praticado por Hildebrando, tenha permanecido em completa miséria após a morte do pai, único provedor de sua família. Neste contexto, Fátima procurou você, defensor público da comarca de Natal, para saber

se ela poderia buscar na justiça alguma prestação mais útil do que a simples prisão do acusado. O que você faria para ajudá-la?

Resolução da situação-problema

É possível ajuizar uma ação civil *ex delicto* para buscar o ressarcimento civil da vítima. Como a sentença penal condenatória torna certo o dever de indenizar, conforme o art. 91 do Código Penal (BRASIL, 1940), ela serve como título executivo judicial no juízo cível.

Assim, é possível aguardar a sentença penal condenatória para executar a sentença ou ainda ajuizar uma ação civil na fase de conhecimento, com fulcro nos arts. 63 e 64 do CPP, respectivamente (BRASIL, 1941).

Esta questão explicita a independência das instâncias, pois a responsabilidade civil, penal e administrativa é completamente independente, porém, um fato jurídico pode, ao mesmo tempo, representar fato típico, ilícito e culpável – isto é, crime –, um ilícito que causa prejuízo a alguém – fato causador de responsabilidade civil –, e conduta que viola alguma norma de um direito administrativo sancionador.

Faça valer a pena

1. A denúncia é a petição inicial da ação penal pública e instrumento pelo qual o Ministério Público inicia o processo penal, provocando a jurisdição a aplicar a pena devida ao praticante de crime.

Marque a alternativa que dispõe sobre um requisito legal para o oferecimento da denúncia.

- a) Menção resumida dos fatos praticados.
- b) Entendimento jurisprudencial sobre o tema.
- c) Fundamento doutrinário acerca do delito.
- d) Classificação do crime.
- e) Procuração com poderes especiais.

2. A queixa é a petição inicial da ação penal privada, por meio da qual o ofendido, por intermédio de seu advogado, provoca a jurisdição para aplicação de uma pena ao praticante de um crime ao qual a lei prevê ação penal privada.

Marque a alternativa que prevê a quantidade e a natureza do prazo para o recebimento da queixa segundo o Código de Processo Penal.

- a) 6 meses de prazo decadencial contados a partir da consumação do crime.
- b) 6 meses de prazo prescricional contados a partir do conhecimento da autoria.
- c) 6 meses de prazo prescricional contados a partir da consumação do crime.
- d) 8 meses de prazo decadencial contados a partir da consumação do crime.
- e) 6 meses de prazo decadencial contados a partir do conhecimento da autoria.

3. A ação civil *ex delicto* é a ação ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização pelo dano causado pelo crime, quando existente (NUCCI, 2018). É possibilitada pelos efeitos extrapenais da condenação, uma vez que esta torna certo o dever de indenizar.

Marque a alternativa em que consta os legitimados para ajuizamento da ação civil *ex delicto*.

- a) É legitimado para propor a ação civil *ex delicto*: o Ministério Público e a Defensoria Pública.
- b) É legitimada para propor a ação civil *ex delicto*: apenas a Defensoria Pública.
- c) É legitimado para propor a ação civil *ex delicto*: apenas os herdeiros do ofendido.
- d) É legitimado para propor a ação civil *ex delicto*: o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
- e) É legitimado para propor a ação civil *ex delicto*: apenas o Ministério Público.

Referências

- AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2015.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal Parte Geral**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Promulgado em 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.
- _____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.
- _____. **Código Penal**. Promulgado em 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.
- _____. **Código de Processo Penal**. Promulgado em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.
- _____. **Lei de Introdução ao Código de Processo Penal**. Promulgada em 11 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3931.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.
- _____. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Promulgada em 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.
- _____. **Lei nº 1.2850** de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**: Guilherme de Souza Nucci. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015

Jurisdição, competência e processos incidentes

Convite ao estudo

Olá, aluno. Nesta unidade estudaremos temas técnicos e minuciosos, mas muito importantes para a correta aplicação do direito processual penal: a jurisdição e a competência. Já estudamos o inquérito policial, procedimento que dará os indícios mínimos de autoria e materialidade para oferecimento da denúncia; e também já vimos a ação penal, o direito abstrato, autônomo e subjetivo de provocar o Estado-Juiz para, com fundamento nos elementos de prova colhidos em inquérito policial, aplicar a pena ao praticante de crime.

Nesta seção estudaremos a jurisdição, que é o poder-dever do juiz de aplicar o direito no caso concreto; e a competência, medida ou especialização da jurisdição. No final, você será capaz de identificar a competência processual penal de qualquer crime, a partir da observação dos requisitos que estudaremos.

Vamos abordar, portanto, que a competência pode ser dividida com relação à matéria, à pessoa, ao lugar, à fase do processo ou grau de jurisdição, cada uma com critérios específicos que nós vamos estudar.

Na última seção, veremos ainda as questões e processos incidentes, que são institutos processuais bem específicos e técnicos, porém muito úteis e importantes na prática, como o incidente de insanidade mental ou de falsidade documental.

O contexto de aprendizagem a partir do qual desenvolveremos a atividades é o seguinte:

Joaquim, Francisco e Pedro organizaram-se para a prática de seguidos crimes de roubo, no Estado de Santa Catarina.

No primeiro dia, por meio de grave ameaça, realizaram uma subtração, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em dinheiro, de agência bancária do Banco do Brasil, na cidade de Blumenau (SC). No segundo dia, roubaram, pelo uso de violência, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de uma agência bancária da Caixa Econômica Federal, na cidade de Florianópolis, situação na qual, devido à violência utilizada no roubo, um dos agentes de segurança que trabalhava no estabelecimento foi morto por um disparo de arma de fogo. No terceiro dia, roubaram, por meio de grave ameaça, R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), de uma agência do banco Itaú, na cidade de Tubarão (SC). Mais tarde, nesta mesma cidade, Francisco matou seus dois comparsas para ficar com o proveito dos crimes anteriores.

Durante o desenvolvimento do caso, acompanharemos as atuações profissionais de Cardoso, procurador da República do Ministério Público Federal, e Patrício, advogado de Francisco.

O caso narrado será julgado por qual juízo? A quem o membro do Ministério Público deve endereçar sua petição? No final, você saberá.

Seção 3.1

Jurisdição penal e repartição da competência I

Diálogo aberto

Olá, aluno. Imagine que você, como futuro membro do Ministério Público está em dúvida sobre o juízo para o qual endereçará sua inicial acusatória. Estudaremos, aqui, regras de competência que poderá ajudá-lo.

Resolveremos também a seguinte situação-problema, que se baseia no conceito de aprendizagem: Joaquim, Francisco e Pedro praticaram três crimes contra o patrimônio – roubos à banco – e, posteriormente, Francisco matou seus comparsas para ficar com o proveito do crime. Lembra-se desse caso?

Cardoso, procurador da República que atua na seção judiciária de Florianópolis, planeja oferecer denúncia contra Francisco, pelos crimes narrados no contexto de aprendizagem, a saber: 3 roubos (art. 157 do CP), um latrocínio (art. 157 § 3º do CP) e dois homicídios qualificados (art. 121 § 2º V do CP). Imagine que todos eles foram praticados na comarca de Florianópolis. Cardoso deve oferecer a denúncia perante qual justiça? Endereçada para qual órgão do poder judiciário? Seria diferente se Francisco não tivesse praticado os dois homicídios, de forma a subsistir apenas os crimes contra o patrimônio?

No final da unidade, você terá a chance de assumir o papel de membro do Ministério Público e ajuizar a denúncia.

Não pode faltar

Jurisdição: conceito e características

A jurisdição é normalmente conceituada como **o poder-dever exclusivo do Estado da função de**, por meio do poder judiciário, sendo este respaldado pela imparcialidade e independência, **dizer o direito no caso concreto sanando determinado litígio** (NUCCI, 2018). No processo penal, a jurisdição é exercida com exclusividade

pelo poder judiciário por meio de seus membros – juízes e tribunais – e seu exercício consistirá, em última análise, na aplicação da pena ao praticante de crime.



Saiba mais

Alguns autores afirmam que a jurisdição não pode ser vista exclusivamente como um poder-dever do Estado, pois também é uma garantia constitucional do cidadão. Como, em regra, a autotutela é proibida, a jurisdição, exercida na forma da lei e com base na constituição, é a única forma legítima de aplicar a pena ao praticante de infração penal (LOPES, 2018). Ademais, a própria constituição define a jurisdição como um direito ao qual se garante livre acesso em favor de qualquer pessoa se esta perceber qualquer ameaça ou dano a bens jurídicos protegidos (art. 5º inc. XXXV CF/88).

Para a eficaz e legítima aplicação do direito ao caso concreto, a jurisdição deve possuir **três características**: órgão adequado, contraditório e procedimento (AVENA, 2015).

○ órgão adequado para o exercício da jurisdição é a autoridade integrante do poder judiciário, ou seja, os juízes de direito, juízes federais, desembargadores ou ministros dos tribunais superiores.

○ **contraditório** consiste na exigência de que cada uma das partes tenha chance de eficaz resposta às manifestações da parte contrária.

○ **procedimento** consiste na sequência concatenada de atos, previamente determinada por lei, que conduzirá o processo até o provimento final: a sentença condenatória ou absolutória.

Princípios da jurisdição penal

Relembrando o conceito que estudamos na segunda seção da Unidade 1, os princípios são enunciados normativos, com alto grau de abstração, que ajudam a compreensão do ordenamento jurídico. Entretanto, não são meramente interpretativos, pois também são, junto das regras, normas jurídicas, possuindo força normativa. São princípios da jurisdição: a investidura, o juiz natural,

a inércia, a indeclinabilidade, improrrogabilidade, indeclinabilidade, inevitabilidade, unidade e correlação.

Investidura: somente o membro do poder judiciário, legalmente investido, pode exercer a jurisdição. A investidura normalmente dependerá de concurso público de provas e títulos, com exceção da previsão do art. 94 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) conhecida como quinto constitucional.

Juiz natural: tal princípio foi explicado à exaustão na Seção 2 da primeira unidade. O princípio do juiz natural estabelece a garantia pela qual não pode haver tribunais de exceção, ou seja, juízos criados para julgar fatos específicos. Ademais, garante-se que todas as pessoas tenham o direito de um julgamento feito por um juiz previamente competente. Estas garantias estão no art. 5º, incisos LIII e XXXVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Inércia: o processo penal não pode iniciar de ofício pelo juiz. Para garantir a imparcialidade do julgador, é sempre necessário que este seja provocado pelo titular da ação penal, normalmente o Ministério Público, mas também o ofendido nos casos de ação penal privada.

Indeclinabilidade: uma vez provocado, o juiz não pode se furtar ao exercício da jurisdição, ou seja, não pode se recusar a julgar ou escolher o que julgará. Isso porque a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Improrrogabilidade: um juiz não pode invadir a competência de outro. Este princípio possui algumas exceções, em razão das quais a prorrogação se tornará possível. Veremos com mais detalhes o conceito de competência ao longo desta seção.

Indelegabilidade: um juiz não poderá delegar sua competência a outro juiz. Esta norma é desdobramento lógico do princípio do juiz natural.

Inevitabilidade: as partes não podem recursar a atuação do juiz competente. É uma consequência do caráter coercitivo da atividade jurisdicional.

Unidade: a jurisdição é una e indivisível, pois é exercida pelo poder judiciário para aplicar o direito ao caso concreto. A competência, como veremos, é a medida ou especialização da atividade jurisdicional. Todo juiz exerce a jurisdição, mas cada juiz possui competência referente a

uma área do direito. Uma sentença escrita por alguém que não é juiz é ato inexistente, enquanto que a decisão de um juiz incompetente é ato existente, porém nulo ou anulável.

Correlação: a sentença proferida pelo juiz deve guardar correlação com a inicial acusatória, ou seja, ao julgar, o magistrado deverá considerar apenas fatos narrados na denúncia ou queixa.



Assimile

A jurisdição é o poder-dever do Estado de, por meio do poder judiciário, aplicar o direito ao caso concreto. São princípios da jurisdição: a investidura, o juiz natural, a inércia, a indeclinabilidade, improrrogabilidade, indeclinabilidade, inevitabilidade, unidade e correlação.

Competência, conceito, finalidades e critérios de definição

Competência é a medida ou especialização da atividade jurisdicional. Todo juiz exerce a jurisdição, mas a competência de cada um deles é restrita à respectiva matéria, território e fase do processo.

A observância das regras de competência condiciona o correto exercício da jurisdição (LOPES, 2018).

A competência serve a algumas finalidades notáveis. Primeiramente, o princípio do juiz natural apregoa que todas as pessoas têm o direito de serem julgadas por um juiz previamente competente, garantia que tem o condão de evitar a formação de tribunais de exceção, ou seja, criados para julgar fatos específicos. Todo tribunal de exceção é enviesado e parcial por natureza. Em segundo lugar, o estabelecimento de competências em razão de determinada matéria permite uma melhor formação do profissional do direito no assunto objeto de sua especialização, permitindo decisões mais tecnicamente fundamentadas, enquanto que a competência em razão do local atende à evidentes razões de logística.

Quanto aos **critérios de definição**, o art. 69 do Código de Processo Penal estabelece que a competência será determinada pelo lugar da infração, pelo domicílio ou residência do réu, pela natureza da infração, pela distribuição, pela conexão ou continência, pela

prevenção e pela prerrogativa de função (BRASIL, 1941). Podemos abstrair de tal previsão que a competência pode ser definida **em razão da matéria** (natureza da infração), **em razão do local** (lugar em que o crime se consumou), **em razão da pessoa** (prerrogativa de função de algumas autoridades) e **competência funcional** (que diz respeito ao grau de instrução e à fase do processo).

Todavia, tal distinção não nos dá o caminho preciso para definir a competência de determinada infração. Imaginemos que um político da sua cidade tenha praticado um crime eleitoral. Qual juiz será competente para julgá-lo? Vamos imaginar que um cliente em potencial lhe procura em seu escritório para o ajuizamento de uma queixa em um crime de calúnia. Perante qual juízo você proporia a ação penal?

Alguns autores afirmam que a competência pode ser deduzida, na prática, por **três perguntas básicas** (LOPES, 2018):

Primeira: qual é a justiça e órgão competente? Verificamos primeiramente se há competência em razão da pessoa, pois se o réu tiver prerrogativa de foro (conhecida vulgarmente como foro privilegiado) perante algum tribunal, já estará definida a competência. Também observamos aqui se existe uma justiça especializada para o julgamento do crime, ou seja, se a competência será da **justiça militar ou eleitoral**. Caso contrário, a competência será da **justiça comum**, que é residual (julga o que não é da competência da justiça especializada), havendo ainda a **justiça comum federal**, cuja competência é prevista no art. 109 da Constituição Federal, e a **justiça comum estadual**, esta sim, verdadeiramente estadual.

Segunda: qual é o foro competente (lugar)? Uma vez firmada a justiça e órgão competente precisamos observar qual será o local competente para o julgamento, ou seja, a qual foro compete a causa. As regras para a competência em razão do lugar são firmadas no art. 70 e 71 do Código de Processo Penal e serão estudadas com mais profundidade na próxima seção. Já adiantamos que a regra geral do Código é o foro do local da consumação do crime.

Terceira: qual é a vara ou juízo? Considerando que em uma mesma comarca existem muitos juízes competentes para julgamento de uma mesma matéria, o juiz competente para julgamento de uma causa específica é determinado pela distribuição (sorteio) ou prevenção (primeiro juiz que emitir decisão na causa), conforme o caso.



Caso você, como advogado, precise ajuizar uma queixa referente ao crime de calúnia ocorrido na comarca de Cuiabá, primeiramente deve-se perguntar se a competência é de alguma justiça ou órgão especial. Como o agente, imaginemos, não possui foro por prerrogativa, a competência será da justiça comum estadual, especificamente do juizado especial criminal, por tratar-se de crime de menor potencial ofensivo. Em segundo lugar, o foro competente será o da comarca de Cuiabá, pois nela o crime se consumou. Assim, respondendo à terceira pergunta, concluiremos que a queixa será distribuída (sorteada) para um dos juizes do juizado especial criminal da comarca de Cuiabá.

Competência em razão da matéria (*ratione materiae*)

A competência em razão da matéria é aquela determinada pela natureza da infração penal.

Como a justiça especial possui predileção sobre a comum, estudemos primeiro aquela.

Conforme dispõe os arts. 118 a 121 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), compete à **justiça eleitoral** o julgamento dos crimes definidos na legislação eleitoral, ou seja, no código eleitoral – Lei nº 4737 (BRASIL, 1965) – mas também em outras leis especiais como a Lei nº 6091 (BRASIL, 1974), Lei nº 6996 (BRASIL, 1982) e Lei nº 7021 (BRASIL, 1982). Também é da competência da justiça eleitoral os delitos conexos e continentes aos eleitorais. Explicaremos melhor conexão e continência – que são regras especiais de modificação da competência – na seção que vem.

Conforme consta no art. 125, §§ 3º a 5º da Constituição Federal, a **justiça militar** é competente para julgar apenas os crimes militares, definidos como tais pela lei específica (o código penal militar), ou seja, nunca julgará crimes comuns. A justiça militar federal é competente para julgar militares e civis, enquanto a justiça militar estadual julgará apenas militares estaduais e nunca civis.



Saiba mais

A Lei nº 13491 (BRASIL, 2017), ao modificar o art. 9º do Código Penal Militar, ampliou significativamente o espectro da infração de natureza militar, que agora inclui os crimes previstos na legislação penal especial, como a tortura ou abuso de autoridade, quando praticados por militar contra civil. É uma novidade importante de nosso ordenamento jurídico.

No que tange à **justiça comum**, a competência da justiça federal é taxativa, ou seja, aplica-se nos casos descritos no art. 109, incisos IV, V, V-A, VI, VII, IX, X, XI, da Constituição Federal, enquanto que a competência da justiça estadual será residual, ou seja, abarcará aquilo que não for da competência de qualquer outra justiça.

Vejamos as principais hipóteses de competência da justiça comum federal.

São da competência da justiça federal, os crimes políticos e as infrações criminais praticadas contra bens, serviços ou interesse da União e suas autarquias e empresas públicas. Ficam de fora as contravenções penais, os crimes políticos e os crimes de competência da justiça militar e eleitoral.



Exemplificando

Um crime de furto de uma viatura da polícia federal, ou de lesão corporal grave contra um delegado deste mesmo órgão, praticadas enquanto este está no exercício de suas funções, são da competência da justiça federal, posto que praticados, respectivamente, contra bens e serviços da União.

Os crimes cuja execução inicie no Brasil e o resultado no estrangeiro, ou vice-versa, que esteja previsto em tratado ou convenção internacional. É o caso do tráfico transnacional de drogas, conforme prevê o art. 70 da Lei nº 11343 (BRASIL, 2006).

Os crimes praticados a bordo de navios e aeronaves, delitos contra a organização do trabalho, contra o sistema financeiro são outros exemplos recorrentes.



Pesquise mais

As previsões de competência da justiça federal são vastas e também construídas a partir de interpretação juris. Para compreender melhor, leia todas as seguintes previsões: Constituição Federal, art. 109, incisos IV, V, V-A, VI, VII, IX, X, XI (BRASIL, 1988), bem como os enunciados 122, 147, 165, 200, 208, 209, 522, 532 e 546 do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda no que tange à competência em razão da matéria, os **crimes dolosos contra a vida serão julgados pelo tribunal do júri**, que é um órgão colegiado composto por 7 leigos em direito, que são os juizes da causa, e por um juiz de direito presidente, responsável por conduzir os trabalhos e aplicar a pena. A competência do júri é constitucional, por constar no art. 5º, XXXVIII, "d" da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e engloba os crimes previstos no art. 121 a 127 do código penal (BRASIL, 1940), bem como os conexos e continentes.

Você estudará mais sobre o tribunal do júri e as suas regras nos próximos semestres.

Competência em razão da pessoa (*ratione personae*)

A Constituição Federal do Brasil adota, para algumas autoridades, um foro especial por prerrogativa de função, vulgarmente conhecido como foro privilegiado. A doutrina majoritariamente afirma que não se trata de um privilégio, mas sim de uma prerrogativa. Privilégios são referentes à pessoa, violam o princípio da isonomia, em desrespeito à constituição e à legalidade. Prerrogativas são tangentes ao cargo e se pretendem a possibilitar o correto exercício da função pública, sem os entraves que as influências políticas podem trazer, impedindo que subversões hierárquicas prejudiquem o processo. Há quem diga, entretanto, que este é um mero jogo de palavras, e que o foro por prerrogativa é uma óbvia violação ao princípio da igualdade (ALVES, 2018).



Estima-se que o Brasil possua 37 mil autoridades com foro por prerrogativa de função, mais do que qualquer país do mundo. Qual é a sua opinião sobre o assunto? Tal instituto é legítimo?

O foro por prerrogativa garante, portanto, que algumas autoridades públicas sejam julgadas originariamente por alguns tribunais, quando praticam crimes comuns. Resumiremos aqui a competência originária dos principais tribunais da república.

O Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é competente para julgar o presidente da república, o vice-presidente, os ministros de estado, os deputados federais e senadores da república, os membros dos tribunais superiores, o procurador-geral da república, os comandantes das forças armadas, os membros do tribunal de contas da união e os chefes de missão diplomática permanente.

O Superior Tribunal de Justiça, conforme art. 105 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é competente para julgar os governadores (não os vices), os membros dos tribunais regionais (TRF, TRE, TJ e TRT), membros dos tribunais de contas dos Estados, distrito federal e municípios e membros do MP da União que atuam perante tribunais.

Os Tribunais de Justiça são competentes para julgar os prefeitos, deputados estaduais, juízes de direito, membros do MP estadual.

Os Tribunais Regionais Federais são competentes para julgar os prefeitos e deputados federais quando estes praticam crimes da competência federal, além de juízes federais, juízes do trabalho, juízes militares da União e membros do MP da União.



O STF, em recente e histórica decisão da questão de ordem da ação penal 937, concluiu que o foro por prerrogativa de deputados e senadores só se aplica para os crimes praticados durante o mandato e relacionados ao exercício das suas funções, ficando resguardadas as

decisões tomadas com base em entendimento anterior. Ademais, após a instrução criminal, a partir da publicação do despacho de intimação para apresentação das 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. Conclui-se, portanto, que a renúncia anterior a este momento provoca o deslocamento da competência. Leia mais sobre esta decisão no site do próprio STF: <<https://bit.ly/2OEcT0A>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

Cumpre ressaltar que, apesar da indelegabilidade da competência, cartas precatórias podem delegar a execução de atos específicos, como a oitiva de testemunhas, por exemplo.

Na próxima seção, continuaremos a falar sobre este tema, abordando a competência em razão do lugar e as diferenças entre competência absoluta e relativa.

Sem medo de errar

Olá, aluno. Lembra-se do contexto de aprendizagem? Cardoso, procurador da República que atua na seção judiciária de Florianópolis, planeja oferecer denúncia contra Francisco, pelos crimes narrados no contexto de aprendizagem, a saber: 3 roubos (art. 157 do CP), um latrocínio (art. 157 § 3º do CP) e dois homicídios qualificados (art. 121 § 2º V do CP).

Podemos afirmar que o membro do Ministério Público deve oferecer a denúncia perante o Tribunal do Júri Federal da seção judiciária de Florianópolis. Isto porque os crimes dolosos contra a vida e de todos os delitos conexos ou continentes são da competência do tribunal do júri. Neste caso, o tribunal do júri será federal, pois um dos crimes conexos é da competência da justiça federal, porque um dos roubos foi praticado em desfavor da Caixa Econômica Federal, empresa pública da União, aplicando-se o art. 109, IV da Constituição Federal. Também é importante para o entendimento da questão, o conteúdo do enunciado 122 da súmula

do STJ, que afirma que, em caso de conexão entre um crime federal e um estadual, a justiça federal julgará todos os delitos.

A situação se modificaria se não houvesse os homicídios, pois, neste caso, a denúncia deveria ser endereçada ao juiz federal da seção judiciária de Florianópolis.

Avançando na prática

Foro por prerrogativa de função

Descrição da situação-problema

Aluno, imagine que você seja procurado, em seu escritório, por um senador da República extremamente preocupado com sua atual situação jurídica. O Ministério Público pretende denunciá-lo por crime de corrupção passiva praticado no exercício da sua função e por crime do homicídio da esposa, que não tem qualquer relação a sua função ou com o primeiro crime. Ele te pergunta se a denúncia será apresentada perante o Supremo Tribunal Federal, pois afirma que não deseja ser julgado pela suprema corte, uma vez que possui rusga pessoal com 3 dos ministros, embora não possa provar eventual viés que eles possam ter contra ele. Ele pergunta se a renúncia do cargo causará o deslocamento da competência.

Resolução da situação-problema

No caso apresentado, você deverá alertá-lo que a competência processual penal será, sim, do Supremo Tribunal Federal, pois ele possui foro por prerrogativa estabelecida no art. 102 da Constituição Federal.

Entretanto o STF julgará apenas a corrupção, pois, após a questão de ordem na ação penal 937, o supremo decidiu que o foro por prerrogativa de deputados e senadores estão restritos aos crimes praticados no exercício da função.

Com relação à renúncia do cargo, esta exercerá a função de deslocar a competência, apenas quando realizada antes do fim da instrução penal, como decidido na mesma questão de ordem mencionada acima.

Faça valer a pena

1. A jurisdição é o poder-dever que o Estado-juiz possui de aplicar o direito ao caso concreto para sanar os conflitos sociais e, na área penal, aplicar a pena ao praticante de crime. A jurisdição é orientada por uma série de princípios.

Marque a alternativa que apresenta corretamente um princípio da jurisdição.

- a) Inércia: a jurisdição penal nunca pode ser exercitada de ofício.
- b) Investidura: a jurisdição só pode ser exercitada pelo Ministério Público.
- c) Juiz natural: os tribunais de exceção possuem previsão Constitucional.
- d) Improrrogabilidade: um juiz pode invadir a competência do outro.
- e) Indeclinabilidade: o juiz pode escolher quais causas vai julgar.

2. A competência é a medida ou especialização da atividade jurisdicional. Todo juiz exerce jurisdição, mas nem todo juiz exercerá competência sobre todo território, matéria, fase do processo ou pessoa.

No que tange à competência da justiça federal, marque a opção correta.

- a) São de competência da justiça federal, as contravenções praticadas contra bens da União.
- b) São de competência da justiça federal, os crimes praticados contra serviços da União.
- c) São de competência da justiça federal, os crimes contra a administração pública.
- d) São de competência da justiça federal, os crimes militares praticados por militar federal.
- e) São de competência da justiça federal, os crimes graves como latrocínio ou estupro.

3. A justiça militar possui sua competência estabelecida na Constituição Federal e na legislação especial, a saber: o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar. É competência especial que prevalecerá sobre a competência da justiça comum, que é residual por excelência.

Marque a alternativa que apresenta um crime da competência da justiça militar:

- a) Homicídio praticado por civil contra militar estadual.
- b) Tortura praticado por militar, contra civil, no exercício da função.
- c) Dano causado contra viatura da polícia militar.
- d) Dano causado contra viatura da polícia federal.
- e) Desacato praticado contra policial militar.

Seção 3.2

Jurisdição penal e repartição da competência II

Diálogo aberto

Olá, aluno! A matéria desta unidade é um pouco minuciosa e específica, mas não menos importante.

Lembra-se do contexto de aprendizagem? Vamos reimaginar o caso, mas com uma diferença fundamental: a prática dos crimes em locais diferentes.

Imagine que Joaquim, Francisco e Pedro organizaram-se para a prática de seguidos crimes de roubo, no Estado de Santa Catarina. No primeiro dia, por meio de grave ameaça, realizaram uma subtração, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em dinheiro, de agência bancária do Banco do Brasil, na cidade de Blumenau (SC). No segundo dia, roubaram, com uso de violência, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de uma agência bancária da Caixa Econômica Federal, na cidade de Florianópolis, situação na qual, devido à violência utilizada no roubo, um dos agentes de segurança que trabalhava no estabelecimento foi morto por um disparo de arma de fogo. No terceiro dia, roubaram, por meio de grave ameaça, R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), de uma agência do banco Itaú, na cidade de Tubarão (SC). Mais tarde, nesta mesma cidade, Francisco matou seus dois comparsas para ficar com o proveito dos crimes anteriores.

Caso você fosse o membro do Ministério Público com atribuição para o caso, ofereceria denúncia em qual foro? Os processos devem ser separados? De quem será a competência processual penal?

Durante a seção, estudaremos as normas tangentes à competência em razão do lugar, regras que vão municiar você para responder a esta situação.

No final desta seção, você será capaz de compreender os fundamentos que regem a competência no processo penal e identificar o respectivo juízo natural para atuar em diversas situações envolvendo a investigação de condutas criminosas. Além disso, saberá diferenciar e escolher as medidas necessárias para assegurar direitos por ocasião da persecução penal.

Não pode faltar

Competência em razão do lugar (*ratione loci*)

Já estudamos, na seção anterior, que a **jurisdição** é o poder-dever, exclusivo do Estado, de aplicar o direito ao caso concreto, resolvendo um conflito social através da substituição da vontade das partes, pela palavra da lei. A jurisdição penal consiste no poder-dever do Estado de aplicar a pena ao praticante do crime, por meio do poder judiciário. Estudamos também que a **competência** é a medida ou especialização da atividade jurisdicional. Todo juiz exerce a jurisdição, mas nem todo juiz possuirá competência para julgar certa **matéria, pessoa, fase do processo** ou fato ocorrido em certo **lugar**. Por fim, estudamos, na última seção, a competência em razão da matéria – que diz respeito à natureza da infração penal – e em razão da pessoa – que é concernente à prerrogativa de foro que certas autoridades públicas possuem em razão do cargo.

Começaremos esta seção estudando a **competência em razão do lugar**, ou seja, aquela definida em razão do local, da região geográfica na qual o crime foi praticado. Estudamos que, para definir a competência penal, devemos recorrer a 3 perguntas. A primeira é: qual é a justiça competente, ou seja, seria o crime de competência de alguma justiça especializada – o que ocorre em razão da natureza do crime – ou de algum tribunal originário – a depender do cargo público do agente? Respondida a primeira pergunta, devemos nos perguntar: **qual é o foro competente em razão do local do crime?**

Quanto a isso, o Código de Processo Penal, em seu art. 70, estabelece uma regra geral: o local da consumação do crime será o competente para seu julgamento.



Exemplificando

Caso um crime de roubo seja cometido contra uma agência do Banco do Brasil na cidade de Divinópolis (MG), a competência será da justiça estadual comum – tendo em vista que a estatal roubada é uma sociedade de economia mista, que não desperta competência federal, conforme estudado na seção anterior – em uma das varas criminais da comarca de Divinópolis.

Esta regra geral é extremamente relevante nos **delitos plurilocais**, ou seja, naqueles crimes em que os atos de execução ocorrem em local diferente do resultado. Portanto, quando uma carta bomba é enviada de Vitória para Cuiabá, com a intenção de matar um indivíduo, e explode neste último local, matando seu alvo, a competência para julgar o homicídio deve ser o do tribunal do júri de Cuiabá.



Saiba mais

A competência em razão do local é determinada, precipuamente, no local da consumação. Nos crimes à distância, é firmada no local onde, no Brasil, ocorreu a conduta ou resultado. Em caso de tentativa, no local do último ato de execução. Nos crimes permanentes e continuados, pela prevenção. Caso desconhecido o local da consumação, será na residência ou domicílio do réu. Caso estes últimos sejam desconhecidos, o primeiro juiz que tomar conhecimento do fato será o competente.

Lembre-se de que alguns crimes são formais, ou seja, possuem um tipo penal que descreve um resultado naturalístico buscado pelo agente, porém desnecessário para a ocorrência da consumação. Assim, estes crimes estarão consumados quando a conduta descrita no tipo for praticada, sendo a competência firmada no foro do local em que esta ação ou omissão ocorreu.



Exemplificando

O crime de extorsão, do art. 158 do Código Penal (BRASIL, 1940), é formal, tendo em vista que a vantagem econômica desejada pelo agente não precisa ser materialmente obtida para a consumação, conforme enunciado 96 da Súmula do STJ, a competência será firmada no foro do local em que ocorreu o constrangimento, por meio da violência ou da grave ameaça, pois este será o momento da consumação.

O mesmo art. 70 do CPP estabelece que, em caso de **crime tentado**, a competência será o local do **último ato de execução**.

Já nos **delitos à distância**, que são aqueles nos quais a execução ocorre no território nacional e o resultado no estrangeiro, ou vice-versa, a competência será firmada no foro do local onde, no Brasil, ocorrer a conduta ou o resultado.



Exemplificando

Se, em um crime de tráfico transnacional de drogas, o agente transporta a substância ilícita da Colômbia para o Rio de Janeiro, a competência será firmada neste último foro.

Quando incerto o **limite entre duas jurisdições**, ou quando o crime for praticado **na divisa entre duas jurisdições**, a competência será decidida pela **prevenção**, ou seja, será competente o juiz que primeiro decidir em qualquer ato do processo ou medida a este relativa, conforme dispõe o art. 83 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Nos **crimes permanentes** – que são aqueles nos quais a consumação se prolonga no tempo, por vontade do agente, como a extorsão mediante sequestro ou o porte ilegal de armas – e nos **crimes continuados** – que são ficções jurídicas a partir das quais vários crimes da mesma espécie, praticados nas mesmas condições de tempo lugar e modo, podem ser considerados um só delito para fins de aplicação da pena, conforme consta no art. 71 do Código Penal (BRASIL, 1940) – a competência também será firmada pela prevenção, quando o delito é praticado em foros correspondentes a mais de um dos locais (chamados de delitos plurilocais).



Exemplificando

Imagine que, na cidade de Betim (MG), Tício sequestre Mévio com o objetivo de extorquir sua família. Com um mês de sequestro, por dificuldades de logística, o cativo é movido para Contagem (MG). Após duas semanas de investigação, um juiz criminal da comarca de Contagem autoriza uma interceptação telefônica contra Tício,

devido à suspeita de que este esteja envolvido no sequestro. Para não ser preso, Tício move o sequestrado para Juatuba (MG), mas lá é preso, e a vítima libertada. A competência para julgar Tício será do juiz criminal de Contagem, pois a extorsão mediante sequestro é crime permanente e este juiz é o preventivo, tendo em vista que decidiu em primeiro lugar.

Finalmente, o que ocorre quando o local da consumação do crime não é sabido? Adota-se o critério do **domicílio ou residência do réu**. Enquanto a residência é a morada do indivíduo sem ânimo definitivo, o domicílio é o lugar de moradia com intenção de definitividade, ou até o local onde o indivíduo exerce suas ocupações habituais. Caso o réu não tenha residência certa ou quando incerto seu paradeiro, a competência será do juiz que primeiramente tomar conhecimento da causa.



Assimile

A competência em razão do local é determinada, precipuamente, no local da consumação. Nos crimes à distância, é firmada no local onde, no Brasil, ocorreu a conduta ou resultado. Em caso de tentativa, no local do último ato de execução. Nos crimes permanentes e continuados, pela prevenção. Caso desconhecido o local da consumação, será na residência ou domicílio do réu. Caso estes últimos sejam desconhecidos, o primeiro juiz que tomar conhecimento do fato será o competente.

A competência em razão do lugar para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo segue regras diferentes. Isso porque o juizado especial criminal será competente para este julgamento, e a Lei nº 9099/95, que regulamenta o funcionamento destes últimos, estabelece, em seu art. 63, que a competência para julgamentos destes delitos será firmada no local da atividade (ação ou omissão).



O Superior Tribunal de Justiça, no conflito de competência nº 97.201, firmou o entendimento de que as ofensas proferidas a partir da internet (as famosas injúrias e difamações nas rede sociais) são de competência do juízo do local de onde se partiu a publicação virtual (TÁVORA, ALENCAR, 2015).

Competência funcional

A competência funcional é a mais simples de se compreender. Leva em consideração a fase do processo, o grau de jurisdição e o objeto do juízo.

A **fase do processo**, pois o juiz que cuida da instrução e sentença, via de regra, não é o mesmo juiz que cuida do processo de execução da pena.

O **grau de instrução**, pois o juiz de direito ou o juiz federal é competente para julgamento das causas criminais até a sentença, mas os tribunais de justiça e tribunais regionais federais, por meio de seus desembargadores, são competentes para julgamento dos recursos de apelação e recursos em sentido estrito interpostos contra as decisões dos juízes de 1º grau. Por fim, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar o recurso especial e o Supremo Tribunal Federal julgará o recurso extraordinário, para proteção da Lei Federal e da Constituição da República, respectivamente. Você estudará mais sobre estes recursos nos próximos semestres.

Finalmente, o **objeto do juízo** é o último critério da competência funcional e diz respeito a eventuais distribuições de tarefas dentro do mesmo processo, o que ocorre no Tribunal do Júri, no qual 7 jurados, leigos em direito decidem se o réu é culpado ou inocente, enquanto o juiz presidente possui competência apenas para a aplicação da pena.

Competência absoluta x relativa

No direito processual penal, há uma tradicional diferenciação entre a competência absoluta e relativa.

Em tese, a competência **absoluta** é aquela baseada na preservação do interesse público e por isso não permite a prorrogação – ou seja, o juiz incompetente nunca se tornará competente por não ter a parte contrária arguido a incompetência em momento oportuno – pode ser arguida a qualquer tempo e o seu descumprimento implica em nulidade absoluta de todos os atos praticados pelo juiz incompetente. No processo penal, é **absoluta** a competência em razão da **matéria**, em razão da **pessoa** e a competência **funcional**.

Já a competência **relativa** fundamenta-se no interesse privado e por isso permite prorrogação – o juiz incompetente tornar-se-á competente quando não há arguição em momento oportuno pela parte contrária – seu desrespeito leva à nulidade relativa de todos os atos decisórios. Prevalece que, no processo penal, a única hipótese de competência relativa é aquela definida em razão do **lugar**.

Minoritariamente, o prestigiado autor **Aury Lopes Jr.** afirma que **não é adequado se falar, no processo penal, em competência processual penal relativa**, uma vez que o princípio do juiz natural apregoa que todas as pessoas possuem o direito de um julgamento imparcial feito por um juiz previamente competente, seja a competência em razão da matéria, pessoa ou lugar. Aliás, baseado neste princípio, o autor reafirma a necessidade de se reinterpretar o art. 567 do CPP (a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente) à luz da Constituição, o que exigiria a anulação de todos os atos do processo conduzido por juiz incompetente (LOPES, 2018). Em que pese o caráter minoritário de sua opinião, nos posicionamos ao lado do autor.



Refleta

Qual é a sua opinião sobre esta dicotomia entre competência absoluta e relativa?

Competência por conexão e continência.

Conexão e competência não são critérios de fixação de competência, mas sim, de modificação desta. São vínculos de

atração, que permitem a unidade de processo e julgamento de crimes que, não fossem estes critérios, seriam julgados separadamente.

A **conexão** é determinada por um liame ou interligação entre duas infrações, e suas hipóteses estão previstas no art. 76 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e possuem dois fundamentos: buscam evitar decisões contraditórias em crimes interligados e dar celeridade à coleta de provas e julgamento de feitos. Vamos agora comentar cada uma das hipóteses.

Art. 76, I, (primeira parte) “se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas (...)”

Trata-se da **conexão intersubjetiva por simultaneidade**. As mesmas circunstâncias de tempo e de espaço, nas quais os crimes são praticados, determinam a conexão. Um bom exemplo está na depredação de estádios realizada por torcedores em fúria, no mesmo estádio, sem qualquer acordo prévio (ou seja, sem concurso de agentes).

Art. 76, I, (segunda parte) “ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar (...)”

É a **conexão intersubjetiva concursal**. Imagine que os mesmos indivíduos, em comum acordo, realizem vários roubos contra agências bancárias distintas em locais distintos. Todos serão julgados pelo mesmo juiz em um mesmo processo.

Art. 76, I, (última parte) “ou por várias pessoas, umas contra as outras”.

É a chamada **conexão intersubjetiva por reciprocidade**. Acontece nas lesões corporais recíprocas, por exemplo. Quando um agride o outro, e o outro agride o um, as lesões correrão em unidade de processo e julgamento.

Art. 76, II, “se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas”.

Temos aqui a **conexão material**, também chamada de **objetiva, teleológica ou finalista**, que ocorre quando um crime é praticado em virtude de outro, seja para que este fique impune, como no homicídio de uma testemunha; seja para facilitar a outra infração, quando o marido é morto para que sua esposa seja estuprada, por

exemplo; ou para adquirir a vantagem de outro crime, como na clássica hipótese no qual o agente mata o comparsa para ficar com o produto do delito que praticaram.

Art. 76, III, “quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.”

Trata-se da **conexão probatória ou instrumental**. O exemplo mais comum é o crime de receptação, do art. 180 do Código Penal (que consiste, por exemplo, na aquisição de bem que é produto de crime). Sempre que possível, é interessante que esta infração seja julgada com o crime antecedente, como furto ou roubo, pois a prova de um pode influenciar na prova de outro.

A **continência**, por sua vez, se refere ao liame entre vários criminosos a um único crime, ou ao vínculo de várias infrações que decorrem de uma única conduta. Ambas as situações estão elencadas no art. 77 do CPP (BRASIL, 1941). Vale a pena analisar as hipóteses da mesma forma, pois há continência quando:

Art. 77, I, “**duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração**”.

Trata-se da **continência por cumulação subjetiva**, que ocorre por mero concurso de pessoas. Afinal, o concurso de agentes gera um único crime, pelo qual todos os agentes respondem, na medida da sua culpabilidade, por força do art. 29 do Código Penal que adotou a chamada teoria monista mitigada quanto à consequência do concurso de pessoas. Como há apenas um crime, haverá só um julgamento.

Art. 77, II, “**no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, §1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal**”.

É a **continência por cumulação objetiva**, porém os artigos estão equivocados. É que o CPP faz menção aos artigos do Código penal de 1940, porém a parte geral de nosso código foi integralmente modificada pela lei 7209/84. Os dispositivos mencionados no Código Penal estão hoje previstos nos arts. 70, 73 e 74 do Código Penal (BRASIL, 1940). Trata-se da pluralidade de crimes gerada por uma única conduta (concurso formal de crimes).



A conexão é o liame entre duas ou mais infrações e divide-se em conexão intersubjetiva, concursal e instrumental. A continência se refere ao liame entre vários criminosos a um único crime, ou ao vínculo de várias infrações que decorrem de uma única conduta. Divide-se em continência por cumulação subjetiva e continência por cumulação objetiva. Ambas são critérios de modificação de competência, que determinam a unidade de processo e julgamento.

Competência por distribuição, separação de processos e foro prevalente

Estes tópicos concluirão a nossa seção. A princípio, no que tange ao **foro prevalente**, imagine que vários crimes conexos foram praticados em foros diferentes. A conexão, como vimos, é regra de modificação de competência que resulta em unidade de processo e julgamento, portanto, fica a pergunta: que juiz julgará todos os crimes? A pergunta é respondida pelo art. 78 do CPP (BRASIL, 1941). Primeiramente, é bom lembrar que o tribunal do júri também julga todos os crimes conexos. Ressalte-se também que a jurisdição especial prevalece sobre a comum e que a de maior graduação prevalece sobre a de menor.

Ainda resta a indagação: e se ambas as jurisdições forem de igual categoria, como ocorre quando dois crimes conexos são praticados em cidades diferentes. O fato será julgado pelo juiz de qual comarca? A preferência vai para o foro onde foi praticada a **infração mais grave**. Quando todas são da mesma gravidade, à competência será do local do **maior número de infrações**. Quando todas são da mesma gravidade e quantidade, caberá o critério da **prevenção**.

O Código ainda traz hipóteses de separação obrigatória e facultativa de processos, nos arts. 79 e 80, respectivamente.

Haverá **separação obrigatória** quando uma das infrações conexas for da competência da justiça comum e outra da justiça militar, pois esta última não julga infrações que não são militares. Também quando um dos réus for menor de 18, pois será julgado pelo juízo da infância e da juventude. Por fim, os processos serão

forçosamente separados quando houver superveniência de doença mental ou fuga de um dos corréus.

Finalmente, haverá **separação facultativa** quando os delitos forem praticados em circunstâncias de tempo ou lugar diferentes, dificultando a unificação. Também quando houver um número excessivo de acusados ou por qualquer motivo relevante, contanto que o juiz fundamente.

Sem medo de errar

Vamos lá, aluno, não tenha medo de errar.

Lembra-se que três indivíduos praticaram diversos crimes em comarcas distintas? Enquanto em um lugar foi praticado roubo e outro latrocínio no final houve um assassinato entre os próprios autores da subtração. Trata-se, portanto, de uma análise sobre competência de diversos locais, matérias distintas e gravidades da atividade delitiva.

Primeiramente, os crimes narrados no nosso caso hipotético são conexos por duas razões: foram praticados por várias pessoas em concurso e a prova de um influencia na prova dos demais, conforme estabelece o Código de Processo Penal no art. 76, I e III.

A conexão estabelece a necessidade de uma unidade de processo e julgamento, o que significa que deve haver uma só denúncia, para dar início a processo único por todos os crimes perante o mesmo juízo. Resta saber qual será.

A questão também exige o conhecimento básico de direito penal (matéria que é pressuposto desta), pois o último crime praticado por Francisco foi o de homicídio doloso qualificado, art. 121, § 2º, V, do CP (BRASIL, 1940). Sabemos que o homicídio é de competência do tribunal do júri e aprendemos nesta seção que a competência do júri atrairá todos os crimes conexos. Assim, a denúncia deve ser ajuizada perante o tribunal do júri federal da seção judiciária de Florianópolis.

Caso não houvesse o homicídio, a situação mudaria, pois todos os acusados deveriam ser processados perante à justiça criminal de Florianópolis, pois lá ocorreu o crime mais grave, devendo a denúncia ser endereçada a um juiz federal, eis que a Caixa Econômica é uma empresa pública sobre a qual a União tem interesses e mesmo bens próprios (art. 109, inc. IV da CR/88).

Avançando na prática

Foro prevalente

Descrição da situação-problema

Tício e Mévio praticaram 3 crimes de furto na comarca de Niterói (RJ), 2 crimes de furto na comarca de Rio de Janeiro e 1 crime de roubo na comarca de Maricá (RJ). Na posição de promotor de justiça do Estado do Rio de Janeiro, perante qual foro ofereceria a denúncia? O juiz pode, se desejar, separar os processos?

Resolução da situação-problema

Tratando-se de conexão intersubjetiva concursal, deve haver unidade de processo e julgamento. Considerando que todas as jurisdições são da mesma categoria, por força do art. 78, II do CPP, deve a denúncia ser endereçada ao juiz de direito da comarca de Maricá, pois lá ocorreu o crime mais grave.

É preciso compreender que a gravidade do delito, no referido caso, deve ser aferida em abstrato, ou seja, leva em consideração a pena cominada no tipo penal e não aquela aplicada na sentença, mesmo porque, ainda estamos na fase de aferição da competência.

Assim, tendo o roubo pena de 4 a 10 anos de reclusão, com base no art. 157 do Código Penal, e o furto qualificado, 2 a 8 anos de reclusão, conforme o art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, percebe-se que o roubo é claramente o delito mais grave.

O juiz poderia separar os processos, por força do que é previsto no art. 80 do CPP, fundamentando na distância entre as comarcas ou em qualquer fato que entender relevante.

Faça valer a pena

1. A competência processual penal é a medida ou especialização da jurisdição penal. Todo juiz possui jurisdição, mas nem sempre terá competência, pois esta é particionada, por exemplo, com relação à matéria, pessoa e lugar.

No que tange à competência em razão do lugar, marque a alternativa que indica o critério escolhido como regra geral pelo Código de Processo Penal.

- a) Local da consumação do crime.
- b) Local da atividade do crime.
- c) Juiz que primeiro decidir no feito.
- d) Local de domicílio do réu.
- e) Local do último ato de execução.

2. A partição das competências processuais penais atende ao princípio do juiz natural, que garante a inexistência de tribunais de exceção e que todos tenham o direito de um julgamento imparcial por um juiz previamente competente.

Marque a alternativa que expõe o que se trata por competência funcional.

- a) É a competência determinada em razão da prerrogativa de função do acusado.
- b) É a competência determinada em razão da natureza da infração.
- c) É a competência determinada em razão do local da infração.
- d) É a competência determinada em razão da gravidade da infração.
- e) É a competência determinada em razão da fase do processo e grau de jurisdição.

3. Conexão e continência não são critérios de fixação, mas sim de modificação de competência, que se fundamentam na necessidade de que não ocorram decisões contraditórias e na finalidade de facilitar a instrução processual e a coleta de provas.

Marque a alternativa que apresenta aquilo que se entende por conexão instrumental.

- a) Ocorre quando o primeiro crime é praticado para garantir a vantagem do segundo.
- b) Ocorre quando dois agentes praticam crimes um contra o outro.
- c) Ocorre quando dois agentes praticam crimes com o mesmo meio ou instrumento.
- d) Ocorre quando dois agentes praticam o mesmo crime em concurso.
- e) Ocorre quando a prova de um dos crimes influencia na prova do outro.

Seção 3.3

Questões e processos incidentes

Diálogo aberto

Olá, aluno. Nesta seção estudaremos os procedimentos incidentes. Pode parecer uma seção monótona e técnica, mas tem grande utilidade prática, principalmente para o exercício da advocacia. No final desta unidade, você será capaz de compreender os fundamentos que regem a competência no processo penal e identificar o respectivo juízo natural para atuar em diversas situações envolvendo a investigação de condutas criminosas.

Vamos relembrar o contexto de aprendizagem?

Joaquim, Francisco e Pedro organizaram-se para a prática de seguidos crimes de roubo, no Estado de Santa Catarina: no primeiro dia, através de grave ameaça, realizaram uma subtração, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em dinheiro, de agência bancária do Banco do Brasil, na cidade de Blumenau (SC); no segundo dia, roubaram, através de violência, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de uma agência bancária do Banco do Brasil, na cidade de Florianópolis, situação na qual, devido à violência utilizada no roubo, um dos agentes de segurança que trabalhava no estabelecimento foi morto por um disparo de arma de fogo, e no terceiro dia, roubaram, através de grave ameaça, R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), de uma agência do banco Itaú, na cidade de Tubarão (SC). Mais tarde, nesta mesma cidade, Francisco matou seus dois comparsas para ficar com o proveito dos crimes anteriores.

Patrício, advogado criminalista recém-formado, foi contratado pela mãe de Francisco para defender seu filho das acusações do Ministério Público. Ela alega que Francisco sofre de sérios transtornos mentais, que o impedem de compreender a natureza ilícita dos seus atos, o que está comprovado por laudos de médicos particulares contratados pela família. O que Patrício deverá fazer? Qual é o momento correto para arguir? Somente a defesa pode pedir essa providência? Existe alguma diferença jurídica entre ter

manifestado o transtorno mental durante a prática do crime ou somente durante a tramitação processual? Aproveite para exercitar seus conhecimentos e redija uma peça jurídica para requerer a instauração do incidente necessário.

Durante a seção, estudaremos o incidente de insanidade mental que te municiará para resolver a questão. Você já está se aproximando do fim da teoria geral do processo penal, porém, não se engane: os conhecimentos aqui adquiridos são insipientes e introdutórios. É nos livros de doutrina processual penal que você aprenderá a matéria de maneira profunda e útil à sua vida profissional. Esperamos que este livro didático sirva como porta de entrada para aguçar seu conhecimento e interesse pela matéria.

Vamos ao trabalho!

Não pode faltar

Questões prejudiciais: conceito, características, natureza jurídica e pressupostos.

Olá, aluno. Em determinado momento, durante a condução do procedimento, é possível que o juiz se depare com uma questão que pode influenciar na decisão da causa, mas que não pode ser decidida no próprio processo penal. Imagine que alguém esteja sendo processado pelo crime de bigamia, do art. 235 do Código Penal (BRASIL, 1940), posto que se casou duas vezes. Em sua resposta à acusação, o réu apresenta a prova de que, na vara de família da respectiva comarca, está em fluxo uma ação civil que visa à anulação do seu primeiro casamento. Caso a nulidade seja decretada, com os devidos efeitos ex-tunc – ou seja, retroativos – não haverá tipicidade do crime de bigamia, pois o primeiro casamento será considerado nulo. Nesta ordem de ideias, as questões que devem ser decididas antes do julgamento do mérito da ação penal são as chamadas **questões prejudiciais**.

Precisamos ainda diferenciar as questões prejudiciais com as meras **questões preliminares**. Estas últimas dizem respeito ao próprio processo e seu regular desenvolvimento e é deste dependente. Possuem a capacidade de impedir o julgamento do

mérito apenas se for reconhecida pelo juiz. Um bom exemplo é a alegação de cerceamento de defesa, cujo reconhecimento, pelo juiz da causa, pode anular parte dos atos procedimentais. A **questão prejudicial**, por sua vez, possui autonomia com relação à causa principal, podendo até ser julgada em processo distinto, embora possa, em determinados casos, ser julgada pelo próprio juiz da causa, como veremos.

Estudaremos, aqui, as questões prejudiciais.



Assimile

Questões prejudiciais dizem respeito ao mérito da causa, pois podem afetar a tipicidade da conduta, são autônomas com relação à causa principal e podem ou não ser objetos de processo distinto. As questões preliminares dizem respeito ao próprio desenvolvimento do processo, sendo destes dependentes e só interferem no mérito da causa quando reconhecidas pelo juiz.

Agora que entendemos o conceito de questão prejudicial, podemos dizer que elas devem apresentar as seguintes **características**: **anterioridade lógica** – pois a questão prejudicada depende logicamente da questão prejudicial, que lhe é anterior – **necessariedade** – a questão só será considerada prejudicial se for impossível ao juiz proferir decisão sem considerar a questão; – e **autonomia** – é independente da questão prejudicada, podendo dizer respeito, até mesmo, a outro ramo do direito.

Questões prejudiciais: classificações

Podemos classificar a questão prejudicial segundo o seu grau de influência, sua natureza ou obrigatoriedade.

Quanto ao **grau de influência**, a prejudicial será **total** quando interfere inteiramente na própria tipicidade da conduta, como no exemplo da anulação do casamento citada anteriormente. Será ainda **parcial** quando diz respeito apenas à existência de circunstâncias que se agregam ao tipo penal básico, como majorantes ou qualificadoras (AVENA, 2015).

No que tange à **natureza**, será **penal** – também chamada de **homogênea, comum** ou **não devolutiva** – quando pertencer ao mesmo ramo do direito que a questão prejudicada, ou seja, quando também é pertinente ao direito penal. São chamadas de não devolutivas porque não remetem a um juízo diferente, são julgadas pelo próprio juiz criminal durante a sentença. Um bom exemplo está no crime de receptação. Este crime consiste, por exemplo, em adquirir um objeto que o adquirente sabe ser produto de um crime anterior. A procedência criminosa deste objeto material é a questão prejudicial que o juiz deve resolver para que possa julgar o mérito da causa.

Ainda quanto à natureza, será **extrapenal** (também chamadas de **heterogêneas, jurisdicionais** ou **devolutiva**) quando pertencer a um diferente ramo do direito, como por exemplo o direito tributário, civil ou administrativo. Esta espécie de questão ainda se subdivide em devolutivas obrigatórias e facultativas, cuja divisão veremos a seguir.

Questões prejudiciais: obrigatórias x facultativas

As **questões prejudiciais extrapenais devolutivas obrigatórias** são regidas pelo art. 92 do Código de Processo Penal, que diz:



Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. (BRASIL, 1941)

O **estado civil** das pessoas, a que se refere o artigo anterior, diz respeito tanto a aspectos familiares – tais como a condição de solteiro, casado, pai, filho – quanto a aspectos pessoais – idade, nacionalidade ou naturalidade – da pessoa (AVENA, 2015).

A suspensão do processo criminal, nestes casos, deverá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes

(acusação ou defesa) e durará por prazo indeterminado, sem prejuízo da produção de provas consideradas urgentes. Caso a ação civil não seja ajuizada por quem de direito, sendo o crime de ação penal pública, poderá o Ministério Público iniciar o processo cível, conforme estabelece o parágrafo único do citado artigo.



Exemplificando

Quando o denunciado por bigamia declara que seu primeiro casamento foi nulo, impõe-se a suspensão do processo penal até que se decida a nulidade. Um segundo exemplo diz respeito ao crime de abandono material, pois, caso o réu alegue que a criança abandonada não é seu filho, o processo penal deverá aguardar o fim da ação negatória de paternidade.

As **questões prejudiciais extrapenais devolutivas facultativas** constam no art. 93 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e versam sobre matéria distinta do estado civil das pessoas, ou seja, questões atinentes a fatos geradores de tributo, ou títulos de propriedade. Nestas, o juiz possui a opção de suspender ou não o andamento processual. Caso não o faça, ele próprio deverá decidir a prejudicial na sentença, porém sua decisão não vinculará o juiz da esfera cível (NUCCI, 2018).



Refleta

Imaginemos que o delegado de polícia esteja investigando um delito de bigamia, quando o suspeito alega a existência de uma ação anulatória do primeiro casamento. Aqui está um desafio para você refletir: o inquérito policial será suspenso pelo surgimento de uma questão prejudicial?

Exceções: conceito, espécies e processamento

A exceção é uma forma de defesa indireta, proposta por qualquer das partes, com o objetivo de prolongar o trâmite processual até a resolução de uma questão, ou até mesmo a extinção do processo sem julgamento do mérito.

O Código de Processo Penal, em seus arts. 95 a 111 (BRASIL, 1941), prevê 5 espécies de exceções: a de suspeição, de incompetência, de litispendência, de ilegitimidade de parte e de coisa julgada.

Como regra geral, não suspendem o andamento do feito e deverão ser processadas em autos apartados. Veremos as principais características de cada uma delas, mas desde já, é de bom tom que você leia cada um dos artigos mencionados anteriormente, para que possa compreender alguns detalhes que este livro possa ter deixado de fora.

A **exceção de suspeição** é aquela que precede qualquer outra, salvo quando fundada em motivo posterior. O juiz suspeito é aquele que possui sua imparcialidade comprometida por razões de proximidade pessoal com a causa ou com o réu. As causas da suspeição estão no art. 254 do CPP (BRASIL, 1941).



Exemplificando

O art. 254 do CPP (BRASIL, 1941) apregoa que o juiz dar-se-á por **suspeito**, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a acusação por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; se ele, seu cônjuge, ou parente consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; se tiver aconselhado qualquer das partes; se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes e se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Esta exceção pode ser arguida **de ofício pelo juiz**, que declarar-se-á suspeito por escrito e remeterá os autos aos seus substitutos. Também poderá ser arguida pelas partes, situação na qual o juiz poderá reconhecer a suspeição ou não. Caso não reconheça, mandará autuar em apartado a petição, dando sua resposta em 3 dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, remetendo os

autos ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento. Caso o pedido de suspeição seja julgado procedente, ficarão nulos os atos do processo principal.



Saiba mais

Importante notar que não há só suspeição do juiz, mas também dos peritos, dos intérpretes e dos serventuários ou funcionários da justiça, casos em que o juiz decidirá de plano e sem recurso à vista da matéria alegada e prova imediata, conforme art. 105 do CPP (BRASIL, 1941). Todavia, não há suspeição de autoridades policiais.

A **exceção de incompetência** é aquela oferecida a fim de que seja reconhecida a incompetência do juízo, seja relativa ou absoluta. Relembrando as últimas unidades, a competência é a medida ou a especialização da atividade jurisdicional, que é dividida em razão da matéria, do local e da pessoa. A exceção, que não suspenderá o processo principal, deve ser apresentada por escrito, ou oralmente, reduzindo-se a termos nos autos. Contra a decisão que reconhece a incompetência ou a recusa, caberá recurso em sentido estrito, do art. 581, II do CPP.

É sempre bom ressaltar que, no processo penal, o juiz poderá arguir sua própria incompetência, mesmo quando relativa.

Ainda há a **exceção de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada**, nas quais deve ser observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência mencionada acima. É bom lembrar que **litispendência** ocorre quando duas ações penais estão em curso simultaneamente, com a mesma causa de pedir e a mesma parte ré. **Coisa julgada**, por sua vez, é o atributo da sentença irrecorrível pelo esgotamento dos recursos disponíveis ou dos prazos recursais.

Incompatibilidades e impedimentos: processamento e efeitos.

O art.112 do CPP dispõe que:



o juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição. (BRASIL, 1941)

O autor Eugênio Pacelli de Oliveira descreve, de forma muito didática, a diferença entre os institutos citados:



os casos de suspeição e de impedimento têm previsão expressa no Código de Processo Penal, as incompatibilidades previstas no artigo 112 do CPP compreenderão todas as demais situações que possam interferir na imparcialidade do julgador e que não estejam arroladas entre as hipóteses de uma e outra. É o que ocorre, por exemplo, em relação às razões de fato íntimo, não previstas na casuística da lei, mas suficientes para afetar a imparcialidade do julgador. (OLIVEIRA, 2015, p. 260)



Pesquise mais

As causas de impedimento estão previstas no art. 252 do CPP (BRASIL, 1941) que merece ser lido. Pesquise mais o referido dispositivo na própria lei que, neste caso, é razoavelmente autoexplicativa. Caso reste alguma dúvida, sugerimos a leitura: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 481 a 485.

Conflito de jurisdição: espécies e processamento

Quando o Código de Processo Penal utiliza o termo “conflito de jurisdição”, o que realmente quer dizer é conflito de competência, uma vez que todo juiz exerce a jurisdição, que é una. A competência, porém, é a medida ou especialização da atividade jurisdicional, dividida de acordo com a matéria, lugar e prerrogativa de função.

Assim, quando dois juizes se veem competentes para julgar determinado crime, ocorre o conflito **positivo** de jurisdição. O conflito será **negativo** quando os dois órgãos jurisdicionais negam sua competência – o que é muito mais comum na prática. Também há conflito quando surge controvérsia sobre unidade do juízo, junção ou separação de processos em decorrência de conexão e continência.

A **legitimidade** para suscitar o conflito é da parte interessada, do Ministério Público que opera perante qualquer dos juízos e de qualquer dos juizes e tribunais da causa (art. 115 do CPP).

O conflito deve ser suscitado perante o tribunal competente para julgá-lo, sempre de forma escrita, com exposição dos fundamentos da causa. Para saber qual é o tribunal competente, é necessário analisar a Constituição Federal e a Constituição dos Estados (NUCCI, 2018). Para fins didáticos, exporemos aqui as regras gerais da competência para julgamento do conflito.

- STF: é competente para julgar o conflito existente entre o STJ e quaisquer tribunais, entre os Tribunais Superiores, e entre estes e qualquer outro tribunal, conforme art. 102, I, "o", da Constituição Federal (BRASIL, 1988).
- STJ: é competente para julgar o conflito entre quaisquer tribunais – exceto o STF, é claro – bem como entre tribunal e juizes a ele não vinculados e entre juizes vinculados a tribunais diversos, conforme art. 105, I, "d", da Constituição Federal (BRASIL, 1988).
- TRF: é competente para julgar o conflito entre juizes federais da mesma região, conforme art. 108, I, "e", da Constituição Federal (BRASIL, 1988).
- TJ: é competente para julgar o conflito entre juizes estaduais de primeiro grau que lhe sejam vinculados.



Exemplificando

Caso ocorra um conflito negativo de jurisdição entre um juiz estadual de Minas Gerais e um juiz federal de São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça será competente para apreciar essa questão e definir o juízo natural do caso.

O processamento está descrito no art. 116 do CPP (BRASIL, 1941).

Restituição de coisas apreendidas

Este incidente está previsto nos arts. 118 a 124 do CPP (BRASIL, 1941). É frequente que, durante o inquérito policial e processo penal, todos os itens de relevância para a investigação permaneçam apreendidas – o que inclui os instrumentos e proveitos do crime. Estes itens não serão restituídos, via de regra, enquanto interessarem ao processo.

Quando não houver dúvida quanto ao direito do reclamante, a própria autoridade policial ou o juiz pode determinar a restituição de determinado item – por exemplo, o celular subtraído pelo ladrão, poderá ser devolvido à vítima, pelo juiz ou autoridade policial, quando esta demonstra inequivocamente a propriedade do aparelho.

Entretanto, quando o direito do reclamante for duvidoso, o pedido de restituição correrá em apartado, conferindo-se ao reclamante um prazo de 5 dias para provar seu direito e apenas o juiz criminal poderá decidir. Caso os itens sejam apreendidos em poder de terceiro de boa-fé, ele também poderá se manifestar, em dois dias, havendo prazo idêntico ao reclamante.

Em havendo dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes para o juízo cível.

Medidas assecuratórias

As medidas assecuratórias, segundo o conceito de Guilherme de Souza Nucci:



são providências tomadas, no processo criminal, para garantir a futura indenização ou reparação à vítima da infração penal, o pagamento das despesas processuais ou das penas pecuniárias ao Estado ou mesmo para evitar que o acusado obtenha lucro com a prática criminosa. (NUCCI, 2018, p. 475)

Tais medidas se dividem em sequestro, arresto e especialização de hipoteca legal. Para os fins deste livro didático, vamos conceituar

cada uma das medidas, mas caberá a você ler e se informar mais sobre cada uma delas.

- **Sequestro - arts. 125 a 133 do CPP** (BRASIL, 1941): consiste na retenção de bens móveis e imóveis do réu ou investigado quando adquiridos com o proveito da infração penal, para que deles não se desfaça. Os objetivos são garantir a indenização da vítima ou até mesmo impedir o lucro da atividade criminosa. A decretação do sequestro dependerá de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.
- **Hipoteca legal - arts. 134 e 135 do CPP** (BRASIL, 1941): trata-se da medida cautelar que recai sobre bens imóveis de origem lícita, que visa assegurar a indenização do ofendido pela prática do crime.
- **Arresto - arts. 136 a 144 do CPP** (BRASIL, 1941): é a medida que visa tornar indisponível bem de origem lícita, para garantir futura indenização ao ofendido ou ao Estado.

Incidente de falsidade

É incidente voltado à constatação da autenticidade de um documento inserido nos autos do processo criminal principal, sobre o qual há controvérsia, mesmo aqueles produzidos eletronicamente, conforme estabelecido na Lei nº 11419/06 (NUCCI, 2018).

O processamento está previsto nos arts. 145 a 148 do CPP (BRASIL, 1941). Todas as partes que atuam no feito são competentes para requerer a instauração, podendo até mesmo ser iniciada de ofício pelo juiz. Reconhecida a falsidade perante o procedimento constante no art. 145 do CPP (BRASIL, 1941), o documento deverá ser desentranhado dos autos enviados ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Contra a decisão final do incidente cabe recurso em sentido estrito, conforme art. 581, XVIII, do CPP (BRASIL, 1941).

Incidente de insanidade mental

É o procedimento previsto nos arts. 149 a 154 do CPP (BRASIL, 1941), instaurado para apurar a inimputabilidade ou semi-

imputabilidade do acusado. Lembra-se deste conceito do direito penal? A imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de agir de acordo com este entendimento. Os transtornos mentais ou o desenvolvimento mental incompleto podem afastar esta capacidade. Assim, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o procedimento pode ser instaurado a pedido do Ministério Público, do defensor, do curador, do descendente, ascendente, irmão ou cônjuge. A autoridade policial também poderá requerer na fase do inquérito.

Uma vez instaurado o procedimento, haverá suspensão do processo – mas não da prescrição. As partes são intimadas para oferecer quesitos e o réu é submetido a exame médico-legal.

Caso os peritos concluam que o acusado era, ao tempo da conduta, incapaz de compreender o caráter ilícito do fato, o processo prosseguirá, com a presença de um curador, para possível aplicação de medida de segurança.

Sem medo de errar

Na situação problema descrita, Francisco matou os comparsas com os quais havia roubado várias agências bancárias. Ocorre que, segundo sua mãe, Francisco sofria de severos transtornos mentais. Você assume a posição de Patrício, advogado de Francisco.

O que Patrício deverá fazer? Qual é o momento correto para arguir? Somente a defesa pode pedir essa providência? Quais são os efeitos desta declaração? Aproveite para exercitar seus conhecimentos e redija uma peça jurídica para requerer a instauração do incidente necessário.

A resposta é simples. Patrício poderá, ainda que na fase investigatória, propor a instauração de incidente de insanidade mental, previstos nos arts. 149 a 154 do CPP (BRASIL, 1941).

A providência não é exclusiva da defesa e pode ser requerida também pela acusação ou ainda de ofício pelo juiz. Uma vez instaurada, proporciona a suspensão do processo. No fim, se for confirmado que o réu sofria de transtorno mental ao tempo da conduta, o processo seguirá para que se possa, ao final, aplicar medida de segurança.

Como uma sugestão para a peça jurídica requerida, apresentemos um modelo de incidente de insanidade mental. A peça deveria seguir os seguintes parâmetros.

Excelentíssimo senhor juiz presidente do tribunal do júri da comarca de tubarão/sc.

Autos nº ...

FRANCISCO (qualificação), por intermédio do seu advogado que a presente subscreve, com procuração anexa, com fulcro nos artigos 149 e seguintes do Código de Processo Penal, vem à digna presença de Vossa Excelência requerer a **INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL**.

O ora requerente foi denunciado pelo Ministério Público pelos supostos crimes narrados na inicial acusatória. Ocorre que, conforme laudos médicos ora juntados pela defesa, o acusado sofre de severos transtornos mentais que o impedem de compreender o caráter ilícito dos fatos supostamente cometidos.

Sobre o assunto, dispõe o art. 149, *caput*, do Código de Processo Penal:

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.

Uma vez deferida a instauração do incidente, requer seja nomeado curador especial ao acusado.

Com vista a garantir a celeridade do pedido, a defesa apresenta, desde já, os **quesitos** a serem respondidos pelos peritos:

1. O paciente é portador de distúrbio mental ou anomalia psíquica? Em caso positivo, qual?
2. O paciente, ao tempo da ação, era, por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?
3. O paciente, ao tempo da ação, por motivo de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou

retardado, estava privado da plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

Termos em que

Pede deferimento.

Tubarão, ... de ... de

Patrício

Advogado, OAB nº ...

Avançando na prática

Conflito de jurisdição (competência)

Descrição da situação-problema

Imagine que uma agência do Banco do Brasil tenha sido invadida por um grupo de quatro criminosos oportunidade em que teria matado dez pessoas para roubarem a quantia de 50 mil reais. O membro do Ministério Público Federal responsável pela ação penal ofereça a denúncia perante a justiça federal na seção judiciária de Goiânia (GO), porém o Juiz Federal reputou-se incompetente para o julgamento da causa, remetendo os autos para a justiça estadual da comarca localizada na mesma cidade. Ocorre que o juiz criminal responsável também se considerou incompetente para o julgamento da causa. O que ele poderá fazer a respeito? Qual juiz será competente para o julgamento?

Resolução da situação-problema

O juiz poderá suscitar um conflito negativo de jurisdição, com fulcro nos arts. 113 a 117 do CPP (BRASIL, 1941).

O conflito deverá ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidirá, por fim, de quem será a competência processual penal.

No contexto apresentado, a competência processual penal será da justiça estadual. Especificamente, de uma vara criminal da Justiça Estadual em Goiânia, capital de Goiás. Isso porque, o juiz federal

não possui competência para julgar os delitos. O art. 109, IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece que a competência da justiça federal depende de crime contra bens, interesses e serviços da União, suas entidades autárquicas e empresas públicas. Assim, embora o crime tenha sido praticado contra o Banco do Brasil, como trata-se de uma sociedade de economia mista, a competência permanece na justiça estadual. Além disso, o inquérito/processo não deve ser encaminhado ao Tribunal do Júri de Goiânia, vez que latrocínio não se enquadra dentro da matéria de crimes dolosos contra a vida. Previsto no art. 157 §3º, inc. II do Código Penal, o latrocínio é considerado crime contra o patrimônio.

Faça valer a pena

1. Questões prejudiciais dizem respeito ao mérito da causa, pois podem afetar a tipicidade da conduta, são autônomas com relação à causa principal e podem ou não ser objetos de processo distinto. Dividem-se ainda em obrigatórias e facultativas.

Marque a alternativa que expressa uma hipótese que representa uma prejudicial obrigatória.

- a) Controvérsia sobre o estado civil das pessoas.
- b) Controvérsia sobre o estado penal das pessoas.
- c) Controvérsia sobre o endereço do acusado.
- d) Controvérsia sobre o endereço da vítima.
- e) Controvérsia sobre o local do crime.

2. O juiz suspeito é aquele que possui sua imparcialidade comprometida por razões de proximidade pessoal com a causa ou com o réu. O incidente adequado para suscitar a suspeição do juiz é a exceção de suspeição. As causas da suspeição estão no art. 254 do Código de Processo Penal.

Marque a alternativa que indica causas de suspeição do juiz escritas no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

- a) Ser amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes.
- b) Ter atuado como advogado do acusado.

- c) Ter funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão.
- d) Ter atuado como órgão do Ministério Público no mesmo fato.
- e) Ser cônjuge do acusado.

3. O incidente de insanidade mental é aquele instaurado para se apurar a existência de transtorno mental por parte do acusado e a sua consequente capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, a fim de se fundamentar futura aplicação de medida de segurança.

Marque a assertiva que apresenta todos os legitimados para propor o incidente de insanidade mental.

- a) O juiz, de ofício, somente.
- b) O juiz, de ofício, ou a pedido do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado.
- c) O juiz, mas apenas a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado.
- d) O juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.
- e) O juiz, mas apenas a requerimento da defesa.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal Parte Geral**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Promulgado em 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/1Vojl3i>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/1blJ9XW>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. **Código Penal**. Promulgado em 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<https://bit.ly/18kAH0G>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. **Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (1941)**. Promulgada em 11 de dezembro de 1941. Disponível em: <<https://bit.ly/2L1Oijk>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. **Lei nº 9099 (1995)**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Promulgada em 26 de setembro de 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/1xpuLk1>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. **Lei nº 12850 (2013)**. Promulgada em 02 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/1MTFk42>>. Acesso em: 16 maio 2018.

NUCCI, Guilherme Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

Teoria da prova no processo penal brasileiro

Convite ao estudo

Olá, aluno. Esta será a última unidade da nossa Teoria Geral do Processo Penal. Esperamos que tenha sido proveitoso para seus estudos e para sua formação jurídica e, principalmente, que você tenha levado a sério aquilo que consta na apresentação da primeira unidade. **Este livro não fará de você um jurista. Esta obra poderá ser útil na medida em que representa o início de seus estudos e não o fim.** Avance pela doutrina, busque os autores aqui citados e procure conhecer a fundo o direito processual, pois em um mundo cada vez mais competitivo e saturado de profissionais da área, só haverá lugar para aquele que realmente conhece seu objeto de trabalho.

Nesta unidade, estudaremos a teoria geral da prova e as provas em espécie. Costuma-se falar coloquialmente, pelos corredores do fóruns e tribunais, que em direito tudo depende da prova. A constante frase apresenta alguma verdade, tendo em vista que a produção da prova ocupará uma considerável fatia de tempo do advogado e do membro do Ministério Público, e a decisão do juiz dependerá, em grande parte, da valoração probatória. A relevância de tal instituto fica ainda mais evidente quando percebemos que o próprio procedimento processual penal objetiva à reconstrução histórica do fato delituoso, com a finalidade de aplicação da consequência jurídica do crime, que é a pena.

Durante as situações-problema desta unidade, trabalharemos com o seguinte contexto de aprendizagem:

A Polícia Federal interceptou ligações telefônicas de Silveira da Silva, deputado federal, pelas quais pode-se constatar que

este aceitou proposta de vantagem indevida relativa as suas funções por parte de Breno, famoso empresário do ramo da construção civil. No transcorrer das investigações, a autoridade de polícia judiciária também descobriu que Breno chefiava um setor de sua empresa que era destinado ao pagamento de propina a parlamentares. Este setor dispunha de cinco funcionários, cada qual com sua função bem designada, em uma divisão de tarefas previamente estruturada e hierarquizada, estando Silveira no topo da pirâmide criminosa.

Perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público, na figura do Procurador Geral da República, ofereceu denúncia contra Silveira e Breno pelos crimes de corrupção passiva e ativa, respectivamente. A Polícia Federal continuou as investigações para elucidar os delitos supostamente praticados pela organização criminosa.

Vinício dos Santos e Rosa dos Espinhos são funcionários da empresa, trabalham no mencionado setor e foram indiciados pela Polícia Federal em razão da prática do delito de integrar organização criminosa, previsto na Lei 12850/13, bem como corrupção ativa, do art. 333 do CP. Os dois contrataram Filipa do Socorro, advogada criminalista recém-formada, para assisti-los no mencionado inquérito. Ambos têm interesse na realização da colaboração premiada.

Danilo dos Anjos, famoso advogado criminalista, é o profissional encarregado da defesa de Silveira e Breno em processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal.

Após consultar os autos do inquérito, Danilo percebe que todas as informações relevantes para o oferecimento da inicial acusatória contra seus clientes, colhidas em interceptação telefônica, foram obtidas no 16º dia de interceptação, sem que houvesse decisão judicial autorizando a prorrogação.

Vamos à matéria!

Seção 4.1

Aspectos gerais da prova

Diálogo aberto

Olá, aluno!

Nesta seção, aprenderemos a teoria geral da prova, o que inclui o conceito de prova e suas espécies.

Você se lembra do contexto de aprendizagem? Ele é um tanto quanto complexo, então vale a pena recapitulá-lo.

A Polícia Federal interceptou ligações telefônicas de Silveira, deputado federal. Conforme ficou registrado nas conversas interceptadas, o Deputado Silveira teria aceitado proposta de vantagem indevida relativa às suas funções por parte de Breno, famoso empresário do ramo da construção civil. No transcorrer das investigações, a autoridade de polícia judiciária também descobriu que Breno chefiava um setor de sua empresa que era destinado ao pagamento de propina a parlamentares. Este setor mantinha cinco funcionários, cada qual com sua função bem designada, em uma divisão de tarefas previamente estruturada e hierarquizada, estando Silveira no topo da pirâmide criminosa.

Perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público, na figura do Procurador Geral da República, ofereceu denúncia contra Silveira e Breno pelos crimes de corrupção passiva e ativa, respectivamente. A Polícia Federal continuou as investigações, para elucidar os delitos supostamente praticados pela organização criminosa.

Vinício e Rosa são funcionários da empresa, trabalham no mencionado setor e foram indiciados pela Polícia Federal em razão do delito de organização criminosa, previsto na Lei 12850/13, bem como corrupção ativa do art. 333 do CP. Os dois contrataram Filipa, advogada criminalista recém-formada, para assisti-los no mencionado inquérito. Ambos têm interesse na realização da colaboração premiada.

Danilo dos Anjos, famoso advogado criminalista, é o profissional encarregado da defesa de Silveira e Breno em processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal.

Após consultar os autos do inquérito, Danilo percebe que todas as informações relevantes para o oferecimento da inicial acusatória contra seus clientes, colhidas em interceptação telefônica, foram obtidas no 16º dia de interceptação, sem que houvesse decisão judicial autorizando a prorrogação.

Pergunta-se: podem os ministros do Supremo Tribunal Federal, encarregados do julgamento de Silveira e Breno, fundamentar suas decisões em qualquer das provas colhidas no processo? Existe uma hierarquia entre as provas? Caso fosse o advogado de Danilo dos Santos, como você conseguiria comprovar a ilicitude da prova obtida por interceptação telefônica? A validade de outras provas produzidas no mesmo processo pode ser prejudicada?

Ao final da unidade, você entenderá o conceito de prova ilícita e como ela pode ser arguida pelo advogado.

Ao trabalho!

Não pode faltar

Teoria geral da prova. Conceito, finalidade e destinatário

Quanto ao **conceito** deste importante instituto, o jurista Guilherme de Souza Nucci afirma haver três acepções para o vocábulo prova:



a) **ato de provar**: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) **meio**: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) **resultado da ação de provar**: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2018, p. 506)

Importante ainda diferenciar a **prova** dos meros **elementos de informação**. A prova depende de procedimento em contraditório, com a participação ativa das partes como requisito de validade

da prova produzida. Os elementos de informação são os registros e documentos colhidos sem atenção ao contraditório, fora do inquérito policial, como no curso do inquérito policial.

A **finalidade** da prova consiste na persuasão do juiz, permitindo que este condene com base na certeza ou absolve perante a dúvida. Por esta razão, o **destinatário direto da prova** também será o magistrado. Porém, as próprias partes são **destinatários indiretos** da prova, uma vez que a decisão será melhor aceita quando a razão de um dos lados estiver fartamente demonstrada.

Para finalizar a parte conceitual, é importante ressaltar que se conceituam como **meio de prova** aqueles instrumentos que se destinam à produção da prova de maneira imediata, no próprio processo e por meio do crivo do contraditório. Há meios nominados, que estão descritos no código – como a prova testemunhal – e inominados, que não se encontram na lei, mas ainda podem ser utilizados pelo juiz – como a inspeção judicial.

É muito importante, neste momento, lembrarmos do que estudamos nas nossas primeiras seções. O sistema de avaliação da prova que o Brasil adotou como regra geral foi o da **persuasão racional ou livre convencimento motivado**, ou seja, não há hierarquia entre as provas. O juiz pode valorá-las como entender mais adequado, contanto que fundamente sua decisão na prova colhida em contraditório, conforme art. 155 do Código de Processo Penal.

Princípios aplicáveis às provas

A doutrina processual penal afirma serem vários os princípios aplicáveis às provas de maneira complementar, ou seja, as normas que estamos prestes a estudar não se excluem mutuamente.

- **Princípio da autorresponsabilidade das partes:** como veremos posteriormente, um determinado ônus da prova é distribuído a cada uma das partes. Um ônus jurídico é algo do qual a parte deve se desincumbir para obter

um resultado jurídico favorável a sua pretensão. Assim, cada um dos sujeitos processuais é responsável pela consequência de sua própria inatividade (DEZEM, 2018).



Exemplificando

O ônus de comprovar a materialidade e a autoria do fato criminoso é da acusação, o que significa que, caso o Ministério Público ou o ofendido não cumpram com este ônus, a pretensão acusatória será julgada improcedente, o que desaguará na absolvição do réu.

- **Princípio da aquisição ou comunhão de prova:** a prova não pertence às partes, mas sim ao processo. Desse modo, quando levada aos autos, acusação, defesa e juiz podem dela se utilizar independentemente de quem as tenha produzido.
- **Princípio da verdade real:** o processo penal busca a reconstituição fidedigna dos fatos, não se contentando com mera verdade formal, ou seja, não haverá presunção de veracidade dos fatos alegados pela acusação e não contestados pela defesa, tal qual pode acontecer no processo civil. Todavia, como falamos anteriormente no capítulo sobre princípios processuais penais, os autores contemporâneos, com muita razão, questionam o termo, pois a reconstrução história do fato é praticamente impossível de ser realizada de maneira precisa e o próprio conceito de verdade real é extremamente relativo.
- **Princípio da liberdade probatória:** as partes podem utilizar quaisquer meios permitidos em direito para provar um fato útil e comprovar a sua pretensão. Estão vedados, no entanto, os meios ilícitos, que violem normas legais e constitucionais.
- **Princípio da inexigência da autoincriminação:** ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Esta garantia, como estudada em capítulo anterior, advém do direito constitucional ao silêncio – art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) – e está assegurada no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

- **Princípio da presunção de inocência:** chamado de estado de inocência por alguns doutrinadores, tal princípio dispõe que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LVII (BRASIL, 1988).
- **Princípio da audiência contraditória:** toda prova realizada admite uma contraprova, de forma que, sem a atuação da parte contrária, não é admissível a produção de qualquer prova válida (DEZEM, 2018).



Assimile

São princípios da prova: a autorresponsabilidade das partes, a aquisição ou comunhão da prova, a verdade real, a liberdade probatória, a inexigência de autoincriminação, a presunção de inocência e a audiência contraditória.

Natureza jurídica, procedimento e objeto da prova

As normas relativas às provas dispõem de **natureza** processual, razão pela qual têm aplicação imediata. A prova em si é um “verdadeiro direito subjetivo com vertente constitucional para a demonstração da realidade dos fatos” (TAVORA; ALENCAR, 2015, p. 562).

O **objeto** da prova é aquilo que se deve demonstrar para que o juiz possa decidir a demanda. São objetos de prova somente os fatos relevantes para a solução da ação penal.

Não necessitam de prova:

- O **direito** – com exceção de normas estaduais, municipais ou estrangeiras.
- Os **fatos notórios**, isto é, de domínio da consciência média da população – não é necessário provar que Brasília é a capital federal.
- Os **fatos axiomáticos**, ou seja, aqueles que se auto demonstram – como a hipótese do art. 162 do CPP, na

qual o exame interno cadavérico é dispensável se as lesões externas demonstrarem de forma evidente a causa da morte.

- Por fim, a lei, para determinadas matérias, estabelece **presunções** que influenciam a produção e aferição da prova. As presunções absolutas dispensam a produção de prova, enquanto as presunções relativas apenas invertem o ônus.



Exemplificando

Quando o autor do delito tem menos de 18 anos, sua inimputabilidade é presumida por lei – art. 27 do Código Penal (BRASIL, 1940) – não cabendo prova em contrário.

Classificações da prova

É possível classificar determinado instituto tendo como base diversos critérios. Cada um deles estabelecerá um conjunto distinto de classificações. Para os fins didáticos deste trabalho, classificaremos a prova em cinco critérios: previsão legal, objeto, valor, causa e aparência.

- **Quanto à previsão legal:** as provas serão **nominadas** quando previstas expressamente na legislação, dividindo-se ainda em típicas – quando a legislação prevê um procedimento específico – ou atípicas, quando, apesar de nominada, a legislação não prevê um procedimento específico. As provas serão **inominadas** quando não previstas expressamente pela lei, mas permitidas pelo princípio da liberdade probatória que estudamos.
- **Quanto ao objeto:** as provas serão **diretas ou positivas** quando demonstrarem o próprio fato probando. Serão **indiretas ou contrárias** quando negam o fato ocorrido por comprovarem outro acontecimento que impossibilita logicamente o primeiro. Um bom exemplo é a prova de que o agente estava em viagem pela Europa no dia do crime, impossibilitando que ele tenha sido o autor direto do delito.
- **Quanto ao valor ou efeito:** as provas serão **plenas** quando forem suficientes para a condenação ou para a

absolvição, fornecendo a certeza do fato que constitui a norma incriminadora ou permissiva. Serão **não plenas ou indiciárias** quando não dão a certeza do fato, sendo limitadas em sua profundidade, servindo apenas para a decretação de medidas cautelares.

- **Quanto à causa ou sujeito:** as provas serão **reais** quando emergirem do próprio fato, como uma fotografia ou filmagem do ocorrido ou pegadas deixadas pelo criminoso. Serão **personais** quando decorrerem do conhecimento de alguém, como o depoimento da vítima, de uma testemunha ou do próprio acusado.
- **Quanto à forma ou aparência:** esta classificação diz respeito à forma com a qual a prova é revelada no processo, podendo ser **testemunhal** – quando diz respeito à palavra de alguém, independentemente de ser testemunha ou não – **documental** – quando manifestada por um documento ou elemento gráfico, como um contrato – ou **material**, quando se refere aos instrumentos ou elementos que materializam a demonstração do fato, como a arma do crime ou o exame de corpo de delito.

Prova ilícita

A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI, (BRASIL, 1988) proíbe a produção de prova por meios ilícitos. O Estado não pode ultrapassar os limites das próprias regras e princípios que o constituem, afinal, ele só existe para garantir a observância destas normas. Isso é, em linhas gerais, o significado da expressão “Estado de Direito”. Nesta ordem de ideias, o Código de Processo Penal, em seu art. 157, afirma que serão ilícitas as provas que violam normas legais ou constitucionais.

A doutrina ainda diferencia a prova **ilícita** – que viola disposições de direito material ou princípios constitucionais – de prova **ilegítima** – que violam normas de direito processual. Entretanto, esta classificação, embora bastante tradicional, não foi contemplada pelo código, que chama ambas de provas ilícitas.



Exemplificando

A prova obtida por meio de tortura seria ilícita, posto que produzida pela conduta criminosa por parte dos agentes do Estado. O laudo pericial subscrito por perito não oficial seria prova ilegítima, uma vez que viola regra prevista no art. 159 § 1º do CPP.

Conforme previsto no art. 157, § 3º do Código de Processo Penal, a prova ilícita deve ser inutilizada e desentranhada dos autos.



Refleta

Mesmo com a prova desentranhada dos autos, o juiz que com ela teve contato ainda julgará o feito. Não seria mais justo afastá-lo da causa? Caso você tenha respondido sim para esta pergunta, reflita: isto não seria uma ofensa ao princípio do juiz natural?

Há entendimento no sentido de que a prova ilícita seria admissível em casos excepcionais, quando fosse a única forma de proteger alguns direitos fundamentais e garantir o interesse público – para capturar um perigoso homicida em massa, por exemplo – aplicando-se o princípio constitucional da **proporcionalidade**. Concordamos com o autor Aury Lopes Júnior, quando afirma que



[...] o perigo desta teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público *versus* interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até condenação) a partir da 'prevalência' do interesse público. (LOPES, 2018, p. 397)

Finalmente, há quem defenda a **prova ilícita a favor do réu**, isto é, a prova obtida por meios ilícitos poderia ser utilizada a favor do acusado inocente. A doutrina é razoavelmente favorável a este exercício hermenêutico, com fundamento nas próprias causas de exclusão de ilicitude oriundas do direito penal. Quando o réu ilicitamente produz uma prova, por ser o único modo de se

defender em juízo – quando, por exemplo, viola domicílio e furta documento que comprova sua inocência – está acobertado pelo estado de necessidade ou pela legítima defesa. A jurisprudência brasileira apresenta algumas decisões que autorizam esta aplicação.

Teoria dos frutos da árvore envenenada

Também é preciso compreender que o desentranhamento da prova ilícita não é o bastante, pois esta pode ter sido responsável pela geração de outras provas ao longo do processo. Imaginemos que o local onde determinado documento está escondido tenha sido informado pelo réu sob tortura e, logo após, a autoridade policial responsável consiga legalmente um mandado de busca e apreensão para o local. O documento encontrado traz informações para incriminar outros três agentes e todos os quatro autores são denunciados pelo Ministério Público, com base nessas informações. Mais tarde, a tortura é evidenciada e o depoimento do acusado é declarado prova ilícita. Neste contexto, por força do art. 157, § 1º, todas as provas que tenham sido geradas pelo próprio depoimento, o que inclui o documento encontrado, devem ser declaradas **provas ilícitas por derivação**. Trata-se da adoção, pelo direito brasileiro, da **teoria dos frutos da árvore envenenada**, isto é, as provas derivadas daquela produzida ilicitamente também devem ser reputadas ilícitas e, portanto, desentranhada dos autos.

O próprio Código traz **exceções**. Caso seja comprovado que a prova subsequente não guarda nenhum **nexo de causalidade** com a prova ilícita, a validade daquela será mantida. Ademais, caso seja comprovado que a prova subsequente é proveniente de uma **fonte independente** da prova ilícita, não haverá prejuízo para sua validade. O Código considera fonte independente “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”, conforme dispõe o art. 157, § 2º do CPP (BRASIL, 1941).

Como exemplo, podemos citar um caso prático: imagine que a localização de determinado documento foi obtida por meio de tortura. Caso fique provado que esta localidade seria normalmente obtida, pois o delegado já havia representado pela autorização de

busca domiciliar, o documento encontrado não será considerado prova ilícita.

Interceptação telefônica, escuta telefônica e gravações ambientais

A interceptação telefônica é um importantíssimo meio de investigação na era contemporânea. Constantemente temos contato com investigações que utilizam as interceptações, escutas e gravações telefônicas, ambientais e telemáticas. Esclareçamos estes termos.

Na **interceptação telefônica**, um terceiro que não faz parte da conversa capta o seu conteúdo, sem o conhecimento dos interlocutores. A própria Constituição Federal estabelece, como regra, a inviolabilidade das comunicações telefônicas no art. 5º, inciso XII, exigindo autorização judicial prévia e lei regulamentadora. Tal legislação é a 9296/96 e ela estabelece alguns requisitos. Primeiramente, exige-se indícios razoáveis de autoria e participação. Em segundo lugar, o fato deve ser punível com reclusão – e não detenção. Finalmente, a interceptação deve ser subsidiária a outros meios de investigação, isto é, só pode ser autorizada pelo juiz se não houver outra forma menos invasiva aos direitos fundamentais. Também há necessidade de respeito aos prazos: 15 dias prorrogáveis por decisão judicial. A jurisprudência permite sucessivas prorrogações.

A **escuta telefônica** ocorre quando um terceiro capta a conversa com a permissão de um dos interlocutores, enquanto a **gravação telefônica** refere-se à situação na qual um dos indivíduos que participa da conversa grava o que está sendo dito sem que o outro perceba. Prevalece que a garantia estabelecida no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal não se estende a estes procedimentos.

Os mesmos conceitos se aplicam à **interceptação, escuta ou gravação ambiental**, levando-se em conta a diferença de contexto, pois estes últimos não ocorrem durante uma conversa telefônica, mas sim em um diálogo presencial. Cumpre ressaltar que a restrição constitucional estabelecida no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal também não se estende a estes expedientes.



O STJ recentemente decidiu pela ilicitude das provas obtidas por meio de aplicativo de mensagens – WhatsApp – sem autorização judicial, pois a inviolabilidade da intimidade e da vida privada apregoada pelo art. 5º, inciso X da Constituição Federal vedaria esta devassa constantemente realizada na prática. Confira a decisão no site do STJ.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Reconhecida ilicitude de provas obtidas por meio do WhatsApp sem autorização judicial. 20 fev. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2obdjkb>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

Com isso, encerramos a primeira seção. Vamos em frente, firmes nos estudos!

Sem medo de errar

Pergunta-se: podem os ministros do Supremo Tribunal Federal, encarregados do julgamento de Silveira e Breno, fundamentar suas decisões em qualquer das provas colhidas no processo? Existe uma hierarquia entre as provas? Caso fosse o advogado de Danilo, como você conseguiria comprovar a ilicitude da prova obtida por interceptação telefônica? A validade de outras provas produzidas no mesmo processo pode ser prejudicada?

No complexo caso narrado na situação problema, os ministros do Supremo Tribunal Federal devem seguir o mesmo sistema que todos os outros juízes do Brasil, qual seja: o sistema da persuasão racional, pelo qual o juiz pode valorar como entender mais adequado a prova colhida em contraditório judicial, contanto que fundamente sua decisão, não podendo condenar com base exclusivamente na prova colhida no inquérito, com exceção das provas cautelares, antecipadas e não repetíveis, tais como a interceptação telefônica. Todavia, não deve o juiz condenar apenas com base em uma interceptação telefônica, devendo cotejá-la com as demais provas dos autos.

A ilicitude da prova está evidente no caso narrado, tendo em vista que a conversa que incriminou o réu foi registrada no 16º dia de

interceptação telefônica, portanto fora do prazo legal estabelecido na Lei 9296/96.

Por fim, a validade das demais provas colhidas podem ser contestadas, quando for comprovado que uma prova é derivada daquela decretada como ilícita, uma vez que o Brasil adotou, no art. 157, § 1º do CPP, a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Avançando na prática

Prova ilícita em favor do réu

Descrição da situação-problema

Tício, após ser acusado injustamente de ter praticado apropriação indébita contra a empresa na qual trabalhava, invadiu o domicílio de seu ex-patrão e furtou o documento que provava sua inocência.

Apavorado, Tício procura o seu escritório para defendê-lo, uma vez que o Ministério Público está questionando a validade da prova apresentada. Segundo o promotor atribuído para atuar nessa investigação, a prova teria sido produzida por meios ilícitos. Tício tem medo de que a prova não o absolva e que ele seja condenado por um delito que não praticou, eis que ela teria violado o ordenamento jurídico.

Responda: como você o defenderia?

Resolução da situação-problema

Para defender Tício, a sustentação da possibilidade do reconhecimento da prova ilícita em favor do réu é uma interessante saída.

O advogado poderia requerer a juntada do documento e argumentar pela sua manutenção, posto que a prova foi produzida em causa de exclusão da ilicitude, o que vem sendo permitido na jurisprudência dos tribunais superiores.

O fundamento está no estado de necessidade, art. 24 do Código Penal, causa de exclusão da ilicitude. Alguns autores ainda defendem

a possibilidade, porém com fundamento na aplicação supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, causa de exclusão da culpabilidade. Isso porque a culpabilidade, terceiro substrato do conceito de crime, é hoje entendida como um juízo de reprovação pessoal do injusto penal e, como a conduta não é reprovável devido às peculiaridades do caso concreto, não seria culpável.

Faça valer a pena

1. A prova é tudo aquilo que serve para evidenciar uma verdade. Neste contexto, a verdade pode ser conceituada como sendo a correspondência entre a idealização e a realidade dos fatos, enquanto a certeza – necessária para a condenação – é a crença nesta correspondência.

Marque a alternativa que traz aquilo que necessita ser provado no processo penal.

- a) Fatos inúteis à prova do que foi descrito na denúncia.
- b) Fatos notórios e de conhecimento público.
- c) O direito estrangeiro.
- d) O direito brasileiro.
- e) Os fatos axiomáticos.

2. A doutrina processual penal afirma serem vários os princípios aplicáveis às provas de maneira complementar, ou seja, os princípios não se excluem mutuamente.

Marque a alternativa que não corresponde a um princípio processual referente às provas.

- a) Verdade real.
- b) Autorresponsabilidade das provas.
- c) Liberdade probatória.
- d) Presunção de inocência.
- e) Inquisitividade.

3. A interceptação telefônica é meio de investigação contemplado pela Lei 9296/96, que regulamenta o art. 5º, inciso XII da Constituição Federal. A medida é excepcional e depende de uma série de requisitos.

Marque a alternativa que corresponde a um requisito ou característica da decretação da interceptação telefônica.

- a) Autorização judicial prévia.
- b) Crime investigado punido com detenção.
- c) Ausência de indícios de autoria e materialidade do crime.
- d) Prazo de 30 dias, prorrogáveis.
- e) Possibilidade de produção da prova por outros meios.

Seção 4.2

Provas em espécie I

Diálogo aberto

Olá, aluno!

Nesta unidade estudaremos algumas provas em espécie e ainda institutos curiosos, como a teoria do encontro fortuito de provas ou serendipidade.

Você se lembra do caso narrado no contexto de aprendizagem? Vamos relembrar.

A Polícia Federal interceptou ligações telefônicas de Silveira, deputado federal, na qual este aceitou proposta de vantagem indevida relativa as suas funções por parte de Breno, famoso empresário do ramo da construção civil. No transcorrer das investigações, a autoridade de polícia judiciária também descobriu que Breno chefiava um setor de sua empresa que era destinado ao pagamento de propina a parlamentares. Este setor mantinha cinco funcionários, cada qual com sua função bem designada, em uma divisão de tarefas previamente estruturada e hierarquizada, estando Silveira no topo da pirâmide criminosa.

Perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público, na figura do Procurador Geral da República, ofereceu denúncia contra Silveira e Breno pelos crimes de corrupção passiva e ativa, respectivamente. O inquérito policial continuou para investigar os outros crimes praticados.

Vinício e Rosa são funcionários da empresa, trabalham no mencionado setor e foram indiciados pela Polícia Federal pelo delito de integrar organização criminosa, previsto na Lei 12850/13, bem como corrupção ativa, do art. 333 do CP. Os dois contrataram Filipa, advogada criminalista recém-formada, para assisti-los no mencionado inquérito, pois eles pretendem confessar todos os delitos.

Considerando o caso narrado no contexto de aprendizagem, quais serão as orientações profissionais que Filipa dará para seus clientes, quanto ao depoimento, interrogatório e eventual confissão deles? Qual é o valor probatório de cada um destes institutos? A prova colhida no processo de Silveira e Breno pode ser aproveitada no processo criminal de Vinício e Rosa? Suponhamos que, na interceptação telefônica, Breno confesse um crime de lavagem de capitais praticado por ele em concurso com Rosa. Se você fosse o juiz responsável, julgaria a prova inválida, tendo em vista que a interceptação não foi decretada para investigação deste crime em especial?

Para resolver a seção, fique atento ao conteúdo sobre confissão e provas em espécie. No final da seção, você será capaz de compreender a atividade probatória nos autos: sua função, requisitos e procedimentos para aplicação em qualquer fase da investigação/ação penal. Além disso, conseguirá examinar a validade, em abstrato e em concreto, das provas no processo penal, para fins de impedir ou eliminar eventuais vícios.

Você está quase no final da unidade. Ao trabalho!

Não pode faltar

Teoria do encontro fortuito de provas

O encontro fortuito de provas também é chamado de serendipidade e foi elevado à condição de princípio processual penal por alguns doutrinadores. Nas palavras de Nestor Távora:



[...] tal princípio, que exigirá a presença de certos requisitos, possibilita reconhecer como lícita a prova ou a fonte de prova de outra infração penal, obtida no bojo de investigação cujo objeto não abrangia o que foi, inesperadamente, revelado. (TAVORA; ALENCAR, 2015, p. 582)

O instituto tem relevância manifesta em meios de investigação como a interceptação telefônica.



A interceptação telefônica foi estudada por nós na seção anterior, mas não é demais lembrarmos dos seus requisitos. Este instituto é regulamentado pela Lei 9296 (BRASIL, 1996), cujo art. 2º disciplina os pressupostos deste meio de investigação:

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

I- não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

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

III- o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Imaginemos que, durante a interceptação autorizada judicialmente para investigação do crime de tráfico ilegal de drogas, autoridade de polícia responsável entre em contato com a informação de que o investigado praticou um crime de homicídio, em conexão com a mercancia ilícita. A prova produzida será lícita? A resposta mudaria se o crime não fosse conexo? E se o novo crime fortuitamente encontrado fosse punido com detenção (pois vimos que a interceptação depende de que o crime investigado seja punido a título de reclusão)? Finalmente, e se a informação sobre outros autores ou partícipes forem ventiladas?

Para responder a estas perguntas, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram o citado princípio do encontro fortuito de provas, ou serendipidade, que garante a licitude da prova a depender de uma série de requisitos. A prova será reputada válida nos casos de **serendipidade de 1º grau** – ou encontro fortuito de provas de 1º grau (TÁVORA; ALENCAR, 2015). São eles:

- A prova encontrada deve ser referente a **crime conexo ou continente** aos delitos objetos da investigação –

casos de conexão e continência estão descritos nos arts. 76 e 77 do CPP.

- A autoridade policial deve **comunicar imediatamente ao juiz responsável** o crime conexo ou continente descoberto. Tal comunicação é especialmente importante nos casos em que as informações descobertas são pertinentes a coautores ou partícipes, mormente quando a coautoria envolver pessoa com prerrogativa de função, caso no qual a comunicação deve ser feita ao tribunal competente para julgá-lo.
- O **juiz competente deve aferir que o fato descoberto ou a coautoria encontrada seguem o desdobramento histórico do delito investigado**, isto é, o juiz deve constatar que o encontro fortuito é plausível conforme os parâmetros consignados na decisão autorizadora da medida.

Respeitados os requisitos apresentados, a prova encontrada será válida. Entretanto há hipóteses de **serendipidade de 2º grau**, nos quais a prova encontrada não será reputada válida, mas servirá como notícia-crime para a deflagração de outra investigação.



Exemplificando

Nos casos em que o crime encontrado em nada se relaciona com o delito objeto da investigação, ou quando o fato diz respeito a crime praticado por agente que não está em concurso com o autor do delito objeto da investigação, o delito servirá apenas como notícia-crime.

Como nos casos em que o crime encontrado em nada se relaciona com o delito objeto da investigação, ou quando o fato diz respeito a crime praticado por agente que não está em concurso com o autor do delito objeto da investigação.



Saiba mais

A palavra serendipidade foi inventada pelo escritor inglês Horace Walpole, a partir do conto "os três príncipes de Serendip, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam". Serendip é o

antigo nome de uma ilha do Ceilão, atual Sri Lanka, e serendipidade é conceituada como “sair em busca de uma coisa e descobrir outra ainda mais valiosa” (GOMES, 2009).

Prova emprestada

A prova emprestada é aquela produzida em outro processo e aproveitada no processo criminal por meio da reprodução documental. A doutrina elenca alguns requisitos para se aproveitar a prova no processo penal, de forma válida. São eles:

- **Mesmas partes:** as partes devem ser idênticas, tanto no processo que empresta quanto naquele que recebe a prova emprestada.
- **Mesmo fato probando:** o fato deve ser o mesmo, posto que o mesmo acontecimento pode ser relevante para dois processos distintos: as filmagens do autor em determinado local podem ser relevantes tanto para a prova de um latrocínio, quanto para a prova de um delito de ocultação de cadáver.
- **Respeito ao contraditório:** o empréstimo se dá entre processos, portanto a produção da prova no processo emprestante deve ter respeitado o contraditório.
- **Preenchimento dos requisitos legais da prova:** todas as provas devem ser produzidas com respeito aos requisitos legais, assim, por exemplo, a prova pericial deve ser subscrita por um perito oficial, ou, na falta, por dois peritos não oficiais.



Assimile

A prova emprestada depende da existência de: mesmas partes, mesmo fato probando, do respeito ao contraditório e dos requisitos legais.

Respeitados estes requisitos, a prova emprestada será apreciada como documental, podendo ser utilizada como fundamento da condenação, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro utiliza

o livre convencimento motivado como sistema de apreciação da prova. Caso o processo emprestado seja declarado nulo, é necessário analisar se há nexos causal entre o ato nulo e a prova produzida (ALVES, 2016).



Lembre-se

Na seção passada, estudamos as teorias quanto ao **aproveitamento da prova ilícita**. Relembrando a questão, há quem defenda que a prova ilícita não é aproveitável em nenhuma hipótese. Alguns autores defendem que, em caso extremo e de comprovado interesse público, a ilicitude da prova poderia ser relativizada – tese que é muito perigosa e inconstitucional. Por fim, nossos tribunais têm decidido pela validade da prova ilícita em favor do acusado. Isso porque o estado de necessidade excluiria a ilicitude da prova no processo.

Exames periciais

A prova pericial é uma espécie de prova técnica, que pretende demonstrar um fato cientificamente comprovável. No Código de Processo Penal, a matéria se inicia no art. 158 e termina no art. 184. Abordaremos as mais importantes passagens do Código.

O art. 158 estabelece que, se a infração deixar vestígios, o **exame de corpo de delito** será obrigatório, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Trata-se de um **vestígio do sistema da prova legal** em nosso ordenamento. Importante notar que, caso os vestígios tenham desaparecido – e somente se tiverem – caberá o exame de corpo de delito indireto, que será feito por outros meios de prova, como fotografias, filmagens, protocolos médicos e prova testemunhal, conforme art. 167 do CPP (BRASIL, 1941).

Quanto aos requisitos formais referentes aos peritos, o Código afirma que todo laudo pericial deve ser assinado por um perito oficial, formado em curso superior. Não mais é necessária a assinatura de dois peritos, como o Código antes previa. Somente quando não houver peritos oficiais poderá o juiz nomear duas pessoas portadoras de diploma de curso superior, com habilitação técnica relacionada com a natureza do fato, conforme art. 159, § 1º do CPP.

O art. 159, § 3º permite que o Ministério Público, o assistente de acusação, a vítima, o querelante e, é claro, o acusado formulem

quesitos para os peritos e indiquem **assistentes técnicos**. O assistente técnico atua como um especialista de confiança das partes e ratifica ou contradita o laudo oficial.

O resultado da perícia deve ser apresentado em um laudo pericial, constando todas as observações e as respostas aos quesitos formulados pelas partes, conforme art. 159, § 6º. As partes podem, inclusive, requerer a oitiva dos peritos em audiência de instrução e julgamento.

Por fim, é sempre bom frisar que a convicção do juiz não está adstrita ao laudo pericial, podendo rejeitá-lo contanto que de forma fundamentada, conforme apregoa o art. 182 do CPP.



Pesquise mais

Em outubro de 2018, o legislador resolveu incluir algumas hipóteses de atendimento prioritário pelo Estado para a realização do exame de corpo de delito. De acordo com o parágrafo único do art. 158, CPP, e seus respectivos incisos, dar-se-á prioridade para a realização do referido exame quando se tratar de crime cometido em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher; ou violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

Para compreender melhor sobre as provas periciais, leia os arts. 158 a 184 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Interrogatório do acusado

O interrogatório é o ato personalíssimo pelo qual o acusado é questionado sobre os fatos narrados na inicial acusatória. A natureza jurídica do interrogatório é polêmica. Por muitos anos, o interrogatório foi visto como um **meio de prova**, pois o acusado era tido como objeto do processo. Assim, o principal objetivo do interrogatório era extrair (a ponto de tentar efetivamente arrancar) a confissão do acusado, e não raras vezes pressões físicas e psicológicas eram exercidas.

Atualmente, muitos doutrinadores identificam o interrogatório como **meio de defesa**, no qual o acusado terá a oportunidade de apresentar a sua versão ou permanecer em silêncio, como é seu direito constitucionalmente assegurado. Para estes autores, o interrogatório pode ser utilizado como **fonte de prova**, mas não deve ser enquadrado na vala comum dos meios de prova. Esta visão é mais garantista e

propõe passar as regras do código por filtro constitucional (TÁVORA; ALENCAR, 2015). É também a posição que adotamos.

Parece prevalecer, em nossos tribunais, o entendimento que considera que o interrogatório tem **natureza híbrida**, sendo, portanto um meio de defesa, mas também um meio de prova.

Independentemente da teoria adotada, é importante consignar que o interrogatório é regido pela **espontaneidade**, de forma que o réu não pode ser compelido física ou psicologicamente a falar.

O Código de Processo Penal em seu art. 187 estabelece três fases para o interrogatório.

- A etapa preliminar, na qual o juiz adverte o réu sobre o seu direito constitucional ao silêncio.
- A etapa de **qualificação**, na qual o acusado é questionado sobre suas informações pessoais, ou seja, sua residência, meios de vida, oportunidades sociais, vida pregressa e outras. Parte da doutrina afirma que o acusado, nesta fase, não tem o direito a manter-se calado, sendo esta prerrogativa válida apenas na terceira fase (NUCCI, 2018).
- Na última etapa, será questionado a respeito dos fatos narrados na inicial acusatória. O direito ao silêncio estará em pleno vigor e, como desdobramento lógico da inexigência de autoincriminação, não haverá penalidades para a mentira narrada pelo réu, entretanto, os tribunais superiores não mais toleram a falsa identidade ou a acusação falsa de terceiro, situações nas quais o réu poderá ser futuramente responsabilizado pelos crimes dos arts. 307 e 339 do Código Penal, respectivamente.

O interrogatório deve ser sempre acompanhado de **defensor técnico**, devendo o juiz nomear defensor dativo se o réu não tiver advogado. Aliás, o Código de Processo Penal garante o direito de **entrevista prévia** com o defensor, no art. 185, § 5º.

Confissão

A confissão é a admissão, por parte do acusado, dos fatos narrados na inicial acusatória. Na história do processo penal, **já foi considerada**

a rainha das provas, mas hoje não tem esta posição de prestígio e predileção, isto é, ela ainda deve ser avaliada com as demais provas do processo e, embora a condenação seja bastante provável, ela não ocorrerá automaticamente perante a confissão.

Conforme o Código de Processo Penal nos arts. 197 a 200, a confissão é:

- **Divisível**, pois o juiz pode considerá-la parcialmente.
- **Retratável**, pois o réu pode voltar atrás em novo interrogatório, o que não impediria o juiz de utilizar a primeira confissão como fundamento da sentença.
- **Informal**, pois não há forma rígida prevista em lei.
- **Expressa**, pois não existe confissão tácita ou presumida.
- **Pessoal**, pois não pode ser feita por preposto ou mandatário.
- **Voluntária**, pois o réu não pode ser coagido a confessar. Entretanto não é necessariamente espontânea, o que significa que o acusado pode ser influenciado subjetivamente por parentes ou pelo seu advogado, o que não desvirtuará o ato.

No que tange aos **efeitos** da confissão, ela será:

- **Simple**, quando o réu apenas confirma os fatos da denúncia ou queixa.
- **Qualificada**, quando o réu confirma o fato, mas acrescenta causa que exclui a ilicitude ou culpabilidade.



Refleta

O art. 198 do CPP diz que "o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz" (BRASIL, 1941). Admitir que o silêncio sirva como elemento do convencimento do juiz não é violar o princípio da não autoincriminação? O que você pensa a respeito?

Perguntas ao ofendido

As perguntas do ofendido estão disciplinadas pelo art. 201 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Por não ser considerado testemunha, a vítima não tem o compromisso de dizer a verdade, todavia, não dispõe do direito ao silêncio, exceto quanto à declaração que produziria prova contra ele.

Prova testemunhal

A testemunha é toda pessoa que presta declarações em juízo sobre algo que sabe, em face de suas percepções sensoriais. É aquele que viu, ouviu ou de qualquer forma conheceu ou presenciou determinado fato.

Só pode ser considerada testemunha aquela pessoa que presta depoimento perante um juiz, de forma que o depoimento colhido em fase de inquérito deve ser repetido em juízo sob o crivo do contraditório.

A testemunha **não tem o direito ao silêncio**, exceto quanto aos fatos que podem produzir autoincriminação. Caso cale a verdade ou minta, pode ser responsabilizada pelo crime de falso testemunho, conduta prevista no art. 342 do Código Penal (BRASIL, 1940).

O Código de Processo Penal, em seu art. 206, lista pessoas que estão **dispensadas de depor**. O art. 207 enumera aquelas que são **proibidas de depor** e o 208 traz aqueles que são **dispensados de prestar o compromisso**. São passagens que merecem ser lidas.

Como regra, as testemunhas devem ser arroladas na inicial acusatória ou na resposta à acusação, em um número máximo de oito no procedimento comum ordinário, cinco no procedimento comum sumário, e três no procedimento comum sumaríssimo.

Na atual forma do Código, as testemunhas são questionadas diretamente pelas partes, enquanto o juiz deve fazer apenas perguntas complementares.

Reconhecimento de pessoas ou coisas

Os arts. 226 a 228 disciplinam o reconhecimento de pessoas ou coisas. Quando o agente de um crime é desconhecido, pode ser útil realizar um procedimento pelo qual uma testemunha possa reconhecê-lo. Ademais, não só o acusado pode ser reconhecido, mas também uma testemunha e até a vítima.

O procedimento do Código estabelece três momentos para o reconhecimento. No primeiro, a pessoa que fará o reconhecimento descreverá a pessoa que será reconhecida. No segundo, se possível, a pessoa será colocada próxima de outras com características semelhantes. No final, será lavrado um auto por parte da autoridade.

O reconhecimento de coisas seguirá, no que for compatível, o reconhecimento de pessoas.

Acareação

Acareação “é pôr em presença, uma da outra, face a face, pessoas cujas declarações são divergentes. Ocorre entre testemunhas, acusados e ofendidos, objetivando esclarecer a verdade, no intuito de eliminar as contradições” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 675).

No procedimento, estabelecido no art. 229 do CPP, os acareados são reperguntados a fim de explicarem os pontos de divergência, para que confirmem ou modifiquem as declarações anteriores.

Sem medo de errar

Olá, aluno. Lembra-se da situação problema? Considerando o caso narrado no contexto de aprendizagem, as perguntas foram: qual serão as orientações profissionais que Filipa dará para seus clientes quanto ao depoimento, interrogatório e eventual confissão deles? Qual é o valor probatório de cada um destes institutos? A prova colhida no processo de Silveira e Breno pode ser aproveitada no processo criminal de Vinício e Rosa? Suponhamos que, na interceptação telefônica, Breno confesse um crime de lavagem de capitais praticado por ele em

concurso com Rosa. Se você fosse o juiz responsável, julgaria a prova inválida, tendo em vista que a interceptação não foi decretada para investigação deste crime em especial?

Primeiramente, Filipa deverá dizer que a confissão é um meio de prova espontânea e judicial e que não é a rainha das provas, ou seja, deve ser levada em consideração juntamente com outras provas no processo. Assim, o Código não atribui à confissão um valor probatório qualificado em comparação aos demais meios de prova.

Quanto à prova emprestada, ela depende de mesmas partes e mesmo fato probando e, portanto, não pode haver, via de regra, utilização direta da prova colhida no processo de Silveira e Breno.

Quanto à prova colhida em interceptação – o encontro fortuito de provas, ou serendipidade, elevado a princípio processual penal por alguns autores –; esta prova encontrada por acaso em uma interceptação telefônica será reputada válida quando o crime for conexo com o investigado e a comunicação ao juiz seja imediatamente feita ao juízo competente, que deve aferir se o fato descoberto ou a coautoria encontrada seguem o desdobramento histórico do delito investigado; isto é, o juiz deve constatar que o encontro fortuito é plausível conforme o parâmetros consignados na decisão autorizadora da medida. Assim, pelo atual entendimento doutrinário e jurisprudencial, sendo o crime praticado por Rosa conexo com o realizado por Vinício, a prova será válida.

Avançando na prática

Consultoria jurídica

Descrição da situação-problema

Imagine-se um advogado recém-formado que acaba de receber um de seus primeiros clientes em seu novo escritório. Tício, de forma muito preocupada, procura você para que o represente em um processo criminal no qual foi denunciado. Ele está especialmente aflito com seu futuro interrogatório, pois não tem mínima noção do que acontecerá. Foi acusado

pelo crime de financiamento ao tráfico de drogas – art. 36 da Lei 11.343 (BRASIL, 2006), pois Mévio, vizinho de Tício, havia confessado a autoria do crime de tráfico de drogas quando foi preso pela Polícia Militar e apontou Tício como seu financiador, por ter ficado com medo de indicar o verdadeiro autor do crime. O maior medo de Tício está em seu interrogatório, pois ele tem péssimas memórias de quando foi torturado pela polícia em sua infância. Para começar a assessorá-lo, o que você diria sobre o futuro interrogatório judicial de Tício?

Resolução da situação-problema

Primeiramente, você deverá esclarecer a Tício que o interrogatório é considerado pela doutrina um meio de defesa, na mesma proporção em que é um meio de prova. Ele não será pressionado a falar e poderá manter o silêncio durante as perguntas referentes à denúncia, pois este é seu direito constitucional.

O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) estabelece três fases para o interrogatório.

Na etapa preliminar, na qual o juiz adverte o réu sobre o seu direito constitucional ao silêncio. A segunda etapa é a da qualificação, na qual Tício será questionado sobre suas informações pessoais, ou seja, sua residência, meios de vida, oportunidades sociais, vida pregressa e outras. Parte da doutrina afirma que o acusado, nesta fase, não tem o direito a manter-se calado, sendo esta prerrogativa válida apenas na terceira fase.

Na última etapa, será questionado a respeito dos fatos narrados na inicial acusatória. O direito ao silêncio estará em pleno vigor e, como desdobramento lógico da inexigência de autoincriminação, não haverá penalidades para a mentira eventualmente narrada por Tício, entretanto, os tribunais superiores não mais toleram a falsa identidade ou a acusação falsa de terceiro.

Por fim, será interessante esclarecer que todas as perguntas serão feitas pelo juiz diretamente.

Faça valer a pena

1. A prova emprestada é aquela produzida em outro processo e aproveitada no processo criminal por meio da reprodução documental. Até mesmo a prova produzida em um processo cível pode ser aproveitada no processo penal desta forma.

Marque a assertiva que apresenta um requisito da prova emprestada.

- a) Partes diferentes.
- b) Mesmo fato probando.
- c) Desrespeito ao contraditório.
- d) Não preenchimento dos requisitos legais.
- e) Mesmo tipo penal.

2. A confissão é a admissão, por parte do acusado, dos fatos narrados na inicial acusatória. Na história do processo penal, **já foi considerada a rainha das provas, mas hoje não tem esta posição de prestígio** e por isso deve ser considerada juntamente com os outros elementos de prova colhidos no processo.

Marque a alternativa que apresenta uma característica da confissão.

- a) Indivisível.
- b) Retratável.
- c) Formal.
- d) Tácita.
- e) Involuntária.

3. O princípio da serendipidade possibilita reconhecer como lícita a prova ou a fonte de prova de outra infração penal, obtida no bojo de investigação cujo objeto não abrangia o que foi, inesperadamente, revelado (TAVORA; ALENCAR, 2015, p. 582).

Quanto à validade do encontro fortuito de provas, a doutrina majoritária diz que:

- a) Será declarada válida, pelo juiz, sem requisitos.
- b) Será declarada inválida pelo juiz.

- c) Será válida quando o fato for conexo e o juiz aferir a plausibilidade da prova.
- d) Será válida quando o fato for extremamente grave ou relevante.
- e) Será sempre declarada inválida quando o agente tiver prerrogativa de foro.

Seção 4.3

Provas em espécie II

Diálogo aberto

Olá, aluno. Esta será nossa última seção. Esperamos que o conteúdo dessa obra tenha sido engrandecedor para seu sucesso profissional e sua formação jurídica. Repetiremos aqui o que foi dito ao início, meio e agora fim deste trabalho: **este livro não te fará um jurista**. Ele deve ser o **início** e não o fim de sua formação. Adote um dos doutrinadores que nós aqui citamos, estude e se aprofunde em todos os institutos da ciência processual.

Vamos nos lembrar da situação problema e do contexto de aprendizagem. Para esta seção, haverá algumas mudanças.

A polícia federal interceptou ligações telefônicas de Silveira, deputado federal, na qual este aceitou proposta de vantagem indevida relativa às suas funções, por parte de Breno, famoso empresário do ramo da construção civil. No transcorrer das investigações, a autoridade de polícia judiciária também descobriu que Breno chefiava um setor de sua empresa que era destinado ao pagamento de propina a parlamentares. Este setor mantinha cinco funcionários, cada qual com sua função bem designada, em uma divisão de tarefas previamente estruturada e hierarquizada, estando Silveira no topo da pirâmide criminosa.

Danilo, famoso advogado criminalista, é o profissional encarregado da defesa de Silveira.

Após consultar os autos do inquérito, Danilo percebe que todas as informações relevantes para o oferecimento da inicial acusatória contra seu cliente, colhidas em interceptação telefônica, foram obtidas no 16º dia de interceptação, sem que houvesse decisão judicial autorizando a prorrogação.

Tendo em vista que o citado deputado federal renunciou ao seu cargo ainda na investigação, e que o Ministério Público denunciou

Silveira por corrupção passiva, elabore, na figura do advogado Danilo, uma peça de resposta à acusação, postulando, de forma fundamentada, o reconhecimento da nulidade da prova obtida por interceptação telefônica, conforme o caso apresentado. Quanto ao endereçamento, utilize a "X" vara criminal da subseção judiciária do distrito federal.

Muito bem caro aluno, ao longo deste livro didático desenvolvemos a capacidade de conhecer, interpretar e aplicar os conceitos das provas no processo penal, suas respectivas espécies e exigências legais, colaborando para o domínio das estratégias na apuração dos fatos tanto no inquérito quanto na instrução processual penal. No final, você será capaz de compreender a atividade probatória nos autos: sua função, requisitos e procedimentos para aplicação em qualquer fase da investigação/ação penal. Além disso, conseguirá examinar a validade, em abstrato e em concreto, das provas no processo penal, a fim de impedir ou eliminar eventuais vícios. Nesse sentido, ao elaborar uma peça para solucionar essas questões, reflita: Houve alguma violação na lei durante a interceptação? Qual é o prazo máximo para a execução dessa prova? Qual é a consequência jurídica para o desrespeito aos pressupostos? Já sabe como responder? Pode ser que ainda não, mas ao final desta seção acreditamos que você estará apto para avaliar não apenas esta como outros meios de prova e meios de obtenção de prova. Vamos, então, à última parte do material!

Não pode faltar

Prova documental, indícios e presunções

Olá, aluno. Estudaremos, nesta seção, as provas em espécie, presentes no Código de Processo Penal, mas também em leis penais especiais.

Primeiramente, enfrentaremos a prova **documental**, extremamente importante e decisiva em um processo, em que pese inexistir, via de regra, hierarquia quanto à valoração da prova por parte do juiz, como vimos nas seções anteriores.

O Código de Processo Penal define o documento como escritos, instrumentos ou papéis públicos ou particulares. Todavia, a doutrina

costuma afirmar que o conceito de documento em sentido amplo abrange tudo aquilo capaz de retratar determinada situação de fato, incluindo, portanto, desenhos, fotos, e-mails, enfim, tudo o que seja materialização de linguagem (OLIVEIRA, 2015).

Ademais, aceitam-se documentos que identificam seu autor – os chamados nominativos – ou aqueles que sem identificação de autoria – os anônimos ou apócrifos –, contanto que não sejam oriundos de prova ilícita, pois, como vimos, o direito brasileiro não admite as provas produzidas a partir de violações de regras legais ou processuais.

Quanto ao **momento** da juntada, o art. 231 do CPP (BRASIL, 1941) deixa claro que é possível juntar documentos em qualquer fase do processo, desde que provenientes de fonte lícita. Cumpre ressaltar que cartas particulares, interceptadas, ou obtidas por meios criminosos não poderão ser utilizadas no processo, entretanto o destinatário de uma carta poderá utilizá-la como documento, em defesa de seu próprio direito, independentemente do consentimento do remetente. Embora tenha havido alguma discussão sobre a constitucionalidade, prevista no art. 231, parágrafo único do CPP (BRASIL, 1941), hoje a questão está pacificada (AVENA, 2015).

É preciso destacar que, no tribunal do júri, por disposição expressa do art. 479 do CPP (BRASIL, 1941) os documentos devem ser juntados com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis. Tal restrição inclui artigos de leitura, jornais, revistas ou fotografias. No direito processual, não ocorre como nos filmes americanos, em que um dos advogados apresenta uma prova inesperada no meio do julgamento em plenário, só para surpreender a parte contrária. O contraditório é uma importante parte para condicionar a legitimidade dos atos processuais.



Exemplificando

Antônia, acusada de tentativa de homicídio contra Vítor, recebe uma mensagem enviada por este enquanto estava embriagado, confessando que sabe que ela não tentou matá-lo, mas que manteria sua versão dos fatos perante o júri, pois não admitia o fato de que ela o havia traído enquanto eram casados. Antônia poderá apresentar tal documento em juízo, contanto que junte com três dias úteis de antecedência ao julgamento em plenário.

Já os **indícios** são as circunstâncias conhecidas e provadas que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias, conforme diz o art. 239 do CPP (BRASIL, 1941). Assim, as circunstâncias do caso concreto em um atropelamento, podem ser indícios que atentam o elemento subjetivo por trás da conduta do agente. As marcas de frenagem no asfalto e o pronto atendimento da vítima são indícios de culpa consciente e não dolo eventual.



Assimile

A doutrina chama de **indícios negativos** ou **contra indícios** aqueles que indicam, por impossibilidade lógica, que outro acontecimento não poderia ter ocorrido. **Indícios positivos**, portanto, são aqueles que provam a existência de um acontecimento.

As **presunções**, por sua vez, diferentemente dos indícios, são previstas expressamente por lei, podendo ser **absolutas** – quando não possibilitam prova em contrário – ou **relativas** – quando a prova em contrário é possível.

Busca e apreensão

Primeiramente, é preciso frisar que busca e apreensão são institutos diferentes. O autor, Guilherme Madeira Dezem, conceitua de forma muito didática o instituto.

A busca consiste na procura, no varejamento, de pessoas e coisas. Já a apreensão consiste na retenção da coisa ou pessoa. Por isso que se diz que é possível busca sem apreensão (hipótese em que se procura, mas não se acha a coisa ou pessoa) e também é possível a apreensão sem busca (hipótese em que se apreende a coisa ou pessoa que não era buscada). (DEZEM, 2018, p. 699)



Quanto à **natureza jurídica** destes institutos, a doutrina costuma classificá-los como meios de obtenção de prova. São meios

cautelares e devem ser utilizados de forma excepcional, pois implica na quebra da inviolabilidade de determinados direitos fundamentais.

Segundo o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a busca e apreensão pode ser domiciliar ou pessoal. Ambas são realizáveis a qualquer momento do processo, e até mesmo no inquérito policial.

Quando ocorrer em residência, dependerá de ordem judicial fundamentada e escrita. Embora o Código de Processo Penal diga, em seu artigo 241 (BRASIL, 1941), que não haveria necessidade de ordem quando a própria autoridade policial realizar pessoalmente a medida, prevalece que esta regra não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois a magna carta impõe cláusula de reserva de jurisdição para que se possa violar o domicílio de qualquer pessoa (TAVORA; ALENCAR, 2015). É sempre bom lembrar que no caso de flagrante delito a autoridade poderá adentrar à residência, mesmo sem mandado judicial.

Ademais, a **busca domiciliar** será cumprida de dia, salvo se o morador consentir que seja realizada durante a noite, conforme apregoa o art. 5º, inciso XI, CF (BRASIL, 1988). Importante frisar que, contanto que a medida comece durante o dia, pode se estender noite a dentro, caso seja estritamente necessário.

O mandado judicial deve delimitar com precisão seu local de cumprimento da medida, não sendo admitidos mandados genéricos. A ordem legal deve ser lida ao morador, intimando-o a abrir a porta e apenas perante a negativa estará a autoridade policial autorizada a utilizar a força necessária.



Assimile

O mandado de busca domiciliar deve delimitar de forma clara e precisa o local no qual deve ser cumprido. A busca deve começar durante o dia, salvo se o morador consentir com a busca noturna. Para o conceito de domicílio, utilizaremos o Código Penal, em seu artigo 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. (BRASIL, 1940)

Interceptação telefônica

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII (BRASIL, 1988), apregoa que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A interceptação telefônica também é meio de obtenção de prova, a qual nós já estudamos na primeira seção desta unidade. A interceptação é medida cautelar ou incidental, instaurada durante o inquérito ou processo, por meio da qual a autoridade policial capta o conteúdo de uma conversa telefônica por meios tecnológicos sem o conhecimento dos interlocutores.

Relembrando deste importante meio de investigação, temos que a Constituição estabelece a necessidade de **prévia autorização judicial**, dependendo ainda de regramento legal específico. A Lei 9296/96 disciplina a matéria, estabelecendo rígidos requisitos a partir do artigo 2º (BRASIL, 1996). Para a instauração da interceptação, é necessário:

- **Indícios de autoria ou participação** – a interceptação não pode ser a primeira medida investigativa, pois deve haver indícios de que o investigado seja o autor ou o partícipe do crime.
- **Crime investigado punido com reclusão** – não se pode determinar interceptação telefônica em crimes punidos com detenção.
- **Impossibilidade de obtenção da prova por outros meios** – a medida é claramente subsidiária e não poderá ser determinada quando a prova puder ser obtida de outra maneira.

A lei afirma que são legitimados para requerer a medida: a autoridade policial responsável pela investigação – quando a medida é determinada no inquérito – pelo Ministério Público – quando a

medida é determinada no inquérito ou processo penal. O juiz, de ofício, também pode determinar a medida, mas muitos autores afirmam pela inconstitucionalidade da previsão, por violação do sistema acusatório, cujos contornos foram estabelecidos pela Constituição Federal (TÁVORA; ALENCAR, 2015).

A medida pode ser autorizada pelo prazo de **15 dias**, prorrogáveis por igual período, mediante decisão judicial, contanto que demonstrada sua necessidade. A prorrogação, portanto, não será automática, mas poderá ser autorizada sucessivas vezes, contanto que a necessidade seja provada.



Pesquise mais

Segue, como sugestão, um excelente vídeo do professor Aury Lopes sobre a matéria.

VERBO EAD. **Palavra do Professor – com Aury Lopes Jr. – Provas no Processo Penal.** Disponível em: <<https://bit.ly/2PG0LMZ>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

A inobservância destas regras leva à nulidade da prova obtida e de todas as provas posteriores derivadas da interceptação.

Lei das organizações criminosas

A Lei 12850 (BRASIL, 2013) define o conceito de organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova e investigações correlatas. Este diploma legal dispõe sobre meios de obtenção de prova extremamente populares, posto que constantemente mencionados pela mídia, tais como a colaboração premiada.

Além dos meios de investigação, a conceituação das organizações criminosas também é importante para a existência de diversos institutos jurídicos, tais como o reconhecimento do tráfico privilegiado no art. 33, § 4º da Lei 11343 (BRASIL, 2006), a imposição do regime disciplinar diferenciado, previsto no art. 52 da Lei 7210 (BRASIL, 1984) e para a determinação de competência de varas especializadas em crime organizado.

O conceito de organização criminosa é expressado no art. 2º da Lei 12850 (BRASIL, 2013). Para que você possa compreendê-los de forma mais fácil e aderente, vamos esquematizar:

- Associação de 4 (quatro) ou mais pessoas.
- Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.
- Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.
- Mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A mesma lei estabelece que é crime autônomo: promover, integrar, financiar ou instaurar organização criminosa, com pena de 3 a 8 anos de reclusão.

Ademais, as medidas de investigação previstas na lei também são aplicáveis às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, **iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro**, ou reciprocamente, bem como às **organizações terroristas**, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. A lei que, em nosso país, define os atos de terrorismo é a de nº 13260 (BRASIL, 2016).

Finalmente, comentemos os meios de obtenção de prova trazidos pela lei das organizações criminosas.

Primeiramente, a **colaboração premiada** é um verdadeiro negócio jurídico de colaboração processual, no qual o Ministério Público ou a autoridade policial barganha a concessão de benefícios penais em troca de informações que comprovem: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas.

- A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.

- A prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa.
- A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa.
- A localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Quanto aos benefícios prometidos, o art. 4º autoriza desde a aplicação de causa de redução de pena até mesmo o perdão judicial. O acordo deve ser firmado entre o Ministério Público e o investigado, ou a autoridade policial e o investigado, que deve ser sempre acompanhado de seu defensor técnico. O juiz, por disposição expressa da lei, não deve participar das negociações.



Pesquise mais

O Supremo Tribunal Federal recentemente enfrentou as alegações de inconstitucionalidade do instituto, quanto à possibilidade de o delegado de polícia firmar acordos de colaboração mesmo sem a presença do Ministério Público. A suprema corte decidiu que o instituto é constitucional. Leia a decisão no site oficial do tribunal:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF decide que delegados de polícia podem firmar acordos de colaboração premiada. **Notícias STF**, 20 jun. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2tCLsw7>>. Acesso em: 5 set. 2018.

Uma vez firmado o acordo, o juiz o homologará, podendo analisar a legalidade, voluntariedade e proporcionalidade da medida, mas, segundo entendimento que está se estabelecendo nos tribunais, não deve fazer qualquer juízo de valor sobre o conteúdo da colaboração. Por fim, comprovada a efetividade da colaboração, o juiz estará vinculado a conceder os prêmios negociados.



Refleta

A colaboração premiada inaugurou no Brasil uma espécie de processo penal negocial, mas o instituto sofre pesadas críticas. Alguns criticam o instituto, pois haveria ofensa aos princípios do devido processo legal

e da presunção de inocência. Ademais, o Estado estaria ativamente incentivando uma postura antiética, com o pretexto de adquirir provas para a persecução penal. Os defensores da medida sustentam que ela seria a única forma de obter a prova em delitos praticados pela criminalidade organizada. Qual é a sua opinião?

Demais espécies

Demais espécies de sigilo: dados fiscais, bancários e financeiros

A lei das organizações criminosas, em seu art. 3º, inciso VI, admite a quebra de sigilo bancário para fins de investigação que envolva as ditas organizações, nos termos da legislação específica, a saber: a Lei Complementar 105/2001.

O mesmo inciso apresentado admite a quebra de sigilo fiscal para os mesmos fins, este regulado pelo art. 198 do Código Tributário nacional. O sigilo fiscal refere-se às informações obtidas, em razão de ofício, por servidores fazendários sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e estado de seus negócios ou atividades.

A quebra dos mencionados sigilos pode ser requerida pelo Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial e deve ser decretada por juiz, ou até por CPI por motivação idônea. A medida, uma vez decretada, é combatível por meio de habeas corpus (GONÇALVES, 2018, p. 748).

Considerações finais

Caro aluno, chegamos ao fim do nosso livro. Esperamos que ele seja o início dos seus estudos processuais penais e que te desperte o interesse de saber mais. O *animus* necessário para se aprofundar na dogmática processual a fim de se tornar um verdadeiro especialista e para que construa, a partir deste pontapé inicial, o conhecimento necessário para buscar uma carreira jurídica e, até mesmo, para questionar cada um dos conhecimentos aqui expostos.

Bons estudos. Que seu aprendizado seja sempre prazeroso.

Para a resposta à acusação que foi requerida no contexto de aprendizagem, apresentamos a seguinte sugestão:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA "X" VARA CRIMINAL DA SUBSEÇÃO DO DISTRITO FEDERAL.

SILVEIRA, já qualificado nos autos em epígrafe, que lhe move o Ministério Público, por seu advogado que a esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, dentro do prazo legal, oferecer:

Resposta à acusação

Com fulcro no artigo 396-A do Código de Processo Penal, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

Dos fatos:

Conforme narra a peça acusatória, o denunciado teria aceitado proposta de vantagem indevida relativa às suas funções de deputado federal por parte de Breno, empresário do ramo da construção civil.

A única peça informativa que apontaria para a conduta narrada na inicial acusatória é uma frase dúbia contida na transcrição da interceptação telefônica feita pela polícia federal durante o inquérito policial. Ocorre que o citado trecho foi gravado no 16º dia de gravação, sem que a prorrogação do procedimento tivesse sido autorizada pelo juízo competente.

Do direito

Da ilicitude da prova

A lei que rege a interceptação telefônica é a 9296 (BRASIL, 1996) que, em seu artigo 5º, define o prazo pelo qual se permite o procedimento.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Nota-se, portanto, que a prova foi produzida em desacordo com as normas legais.

Quanto à prova ilícita, o Código de Processo Penal a define no art. 157, determinando, em seu § 3º, qual deverá ser o seu destino no processo.

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

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

Sendo a prova produzida em violação às normas legais, imperioso reconhecer tratar-se de prova ilícita que deverá ser desentranhada dos autos e, ao final, inutilizada.

Do pedido:

Diante do exposto, vem requerer a Vossa Excelência, seja esta Resposta à Acusação recebida e, com fulcro no art. 157 do Código de Processo Penal, requer seja a prova declarada ilícita e, conseqüentemente, desentranhada dos autos e inutilizada. Ademais, a defesa se reserva ao direito de proceder de forma minuciosa suas justificativas defensivas nas considerações finais, protestando, de logo, provar o alegado por todas as provas em direito processual penal admitida, valendo-se, sobretudo, do depoimento das testemunhas arroladas.

Rol de testemunhas.

- Testemunha 1
- Testemunha 2

Nesses termos,

Pede deferimento.

Brasília, data

Danilo OAB nº.

Avançando na prática

O papel do advogado na colaboração premiada

Descrição da situação-problema

Marcos, dono de um posto de combustível, vai até ao seu escritório com muitas preocupações em relação ao futuro.

A polícia civil do Estado de Minas Gerais está concluindo um inquérito policial no qual é revelado que Marcos faz parte de uma organização criminosa com outros donos de postos de combustíveis, que utilizam seus estabelecimentos para o depósito de armas de fogo, acessórios e munições de uso restrito.

A organização envolve cinco empresários que praticam os graves crimes do art. 16 do estatuto do desarmamento (BRASIL, 2003) e corrupção ativa do art. 333 do Código Penal (BRASIL, 1940), pois vários policiais eram subornados pelos agentes.

Tendo em vista que a investigação ainda não chegou à estrutura da organização e os policiais ainda não dispõem de todas as informações que precisam, Marcos quer se adiantar à inevitável ação de seus comparsas e colaborar com as investigações para obter vantagens penais e processuais penais. Responda como advogado: é possível? Como você faria? Qual instrumento penal permitiria ao investigado colaborar com a investigação a fim de obter benefícios judiciais? Quais são as consequências desse acordo? O juiz está a ele vinculado?

Resolução da situação-problema

É perfeitamente possível colaborar com as investigações, uma vez que os crimes narrados foram praticados por uma organização criminosa, ou seja, por quatro ou mais pessoas, com estrutura ordenada, a fim de angariar vantagem pela prática de crimes punidos com mais de quatro anos.

A Lei 12850 (BRASIL, 2013) estabeleceu no nosso país a possibilidade de um acordo de colaboração premiada, firmado entre o investigado e o Ministério Público e homologado pelo juiz de direito – o mesmo juiz competente para o julgamento da causa principal.

Destarte, é possível que o investigado faça um acordo de colaboração premiada, verdadeiro negócio jurídico de colaboração processual, juntamente com o Ministério Público ou com o Delegado de Polícia, postulando a concessão de benefícios previstos no art. 4º da Lei 12850 (BRASIL, 2013), que podem chegar ao perdão judicial e incluem causa de diminuição de pena, substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito e aplicação de regime prisional mais favorável.

O acordo será levado para homologação perante o judiciário. Ao examiná-lo, o juiz não analisará o mérito, mas sim a regularidade, legalidade e voluntariedade desse contrato firmado. Ou seja, deve-se aferir a existência de assinaturas e demais protocolos entre as partes, se a proposta corresponde aos limites da lei e se o investigado aderiu à proposta voluntariamente.

Faça valer a pena

1. A interceptação é medida cautelar ou incidental, instaurada durante o inquérito ou processo, por meio da qual a autoridade policial capta o conteúdo de uma conversa telefônica, por meios tecnológicos, sem o conhecimento dos interlocutores.

Marque a alternativa que dispõe acerca de um requisito para a interceptação telefônica.

- a) Crime investigado punido com reclusão.
- b) Crime investigado punido com detenção.

- c) Completa ausência de indícios de autoria e materialidade.
- d) Crime investigado punido com mais de quatro anos.
- e) Crimes envolvendo menores.

2. A Lei 12850 (BRASIL, 2013) define o conceito de organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova e investigações correlatas. Este diploma legal dispõe sobre meios de obtenção de prova extremamente populares, posto que constantemente mencionados pela mídia, tais como a colaboração premiada.

Marque a alternativa que apresenta um dos requisitos para existência de uma organização criminosa.

- a) Associação de, ao menos, cinco pessoas.
- b) Objetivo de obter vantagem econômica.
- c) Ausência de estrutura interna.
- d) Finalidade de praticar crimes com penas superiores a quatro anos.
- e) Emprego de arma de fogo nos delitos imputados.

3. A colaboração premiada é um verdadeiro negócio jurídico de colaboração processual, no qual o Ministério Público ou a autoridade policial barganha a concessão de benefícios penais em troca de informações relevantes para o desenrolar do processo penal.

Marque a alternativa que apresenta um dos possíveis benefícios estabelecidos em lei para o colaborador.

- a) Diminuição de até 3/5 da pena.
- b) Perdão judicial.
- c) Suspensão condicional do processo.
- d) Aplicação de circunstância atenuante.
- e) Transação penal.

Referências

- ALVES, L. B. M. **Processo Penal Parte Geral**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- AVENA, N. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2015.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: <<https://bit.ly/18KAHOG>>. Acesso em: 16 maio 2018.
- _____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, 3 out. 1941. Disponível em: <<https://bit.ly/1e2szaR>>. Acesso em: 16 maio 2018.
- _____. **Decreto-lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941**. Lei de Introdução ao Código de Processo Penal. Brasília, 11 dez. 1941. Disponível em: <<https://bit.ly/2CnNBIV>>. Acesso em: 16 maio 2018.
- _____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Brasília, 25 out. 1966. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q52FaR>>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- _____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília, 11 jul. 1984. Disponível em: <<https://bit.ly/2FN45ol>>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/1dFIRrW>>. Acesso em: 16 maio 2018.
- _____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/1xpuLk1>>. Acesso em: 16 maio 2018.
- _____. **Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996**. Lei da interceptação telefônica. Brasília, 24 jul. 1996. Disponível em: <<https://bit.ly/2NOSjtV>> . Acesso em: 2 ago. 2018.
- _____. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Brasília, 10 jan. 2001. Disponível em: <<https://bit.ly/2oJqh8L>>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- _____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/Mba2eR>>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- _____. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/1MTFk42>>. Acesso em: 16 maio 2018.
- _____. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016**. Brasília, 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/25gyRdK>>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- DEZEM, G. M. **Curso de Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- GOMES, L. F. Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas. **Jusbrasil**, [S.l.], 18 mar. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2PjUS86>>. Acesso em: 16 jun. 2018.
- GONÇALVES, V. E. R. **Legislação penal especial esquematizado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUCCI, G. S. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PROVA FINAL. **Prova final**: Provas no Processo Penal. 5 fev. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2MEiJlW>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ISBN 978-85-522-1184-6



9 788552 211846 >