



Noções de Processo Penal

Noções de Processo Penal

Fernanda Ribeiro de Azevedo

José de Assis Santiago Neto

Henrique Abi-Ackel Torres

© 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

Jose Renato Carpi

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)

Azevedo, Fernanda Ribeiro de

A994n Noções de processo penal / Fernanda Ribeiro de

Azevedo, José de Assis Santiago Neto, Henrique Abi-Ackel

Torres. – Londrina : Editora e Distribuidora Educacional S.A.,
2018.

224 p.

ISBN 978-85-522-1156-3

1. Defesa. 2. Julgamento. 3. Sentença. I. Azevedo,
Fernanda Ribeiro de. II. Santiago Neto, José de Assis. III.
Torres, Henrique Abi-Ackel. IV. Título.

CDD 340

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 Teoria Geral do Processo Penal	7
Seção 1.1 - Noção introdutória de processo penal	9
Seção 1.2 - Princípios e sistemas processuais	23
Seção 1.3 - Inquérito policial	37
Unidade 2 Ação penal, jurisdição e competência	53
Seção 2.1 - Da ação penal	55
Seção 2.2 - Da competência e da jurisdição I	73
Seção 2.3 - Da competência e jurisdição II	87
Unidade 3 Das medidas cautelares no processo penal	109
Seção 3.1 - Questões prejudiciais e medidas assecuratórias	111
Seção 3.2 - Das medidas cautelares pessoais	126
Seção 3.3 - Das prisões processuais	145
Unidade 4 Das provas, atos e recursos	167
Seção 4.1 - Teoria geral da prova	169
Seção 4.2 - Noções gerais dos atos processuais e judiciais	188
Seção 4.3 - Noções gerais dos recursos penais	201

Palavras do autor

O Direito Processual Penal é verdadeiramente uma garantia para cumprimento de direitos fundamentais. Isso significa que, quando há uma violação das normas graves da sociedade – que demandam proteção criminal – surge a oportunidade de buscar a punição daquele que comete o crime, mas isso é feito por meio de um espaço protegido por princípios que legitimam a intervenção estatal. É exatamente por meio do processo que apuramos os elementos necessários para a imputação de uma responsabilidade, a existência do crime, e a sua autoria. Por isso mesmo, ele tem de ser dotado de princípios e postulados próprios, essenciais para sua sistematização.

Assim, é essencial que você compreenda os parâmetros e as regras necessárias para a investigação e persecução penal. Veja que, desde os postulados mais simples, principiológicos, existem regras de suma importância. Ser processado criminalmente já é um constrangimento em si, por isso há uma série de importantes postulados básicos para limitar a procedibilidade, e tornar o sistema confiável, ou seja, só processar criminalmente o que realmente deve ser objeto de processo.

Qualquer procedimento, e conseqüentemente, qualquer processo, não é nada mais que uma sequência de atos. Talvez, num primeiro momento, pareça haver muitos nomes técnicos, mas é muito mais simples do que parece. Trabalharemos a sua condição de compreender cada um desses atos processuais, sempre obedecendo aos princípios básicos e constitucionais que devem reger qualquer processo penal em nosso país. Assim, você entenderá a lógica dessas sequências de atos para a melhor apuração processual.

O nosso estudo está separado em quatro unidades. Na primeira, Teoria Geral do Processo Penal, estudaremos a introdução, os princípios e sistemas processuais existentes, e fundamentos básicos iniciais; na segunda, ação penal, jurisdição e competência, trataremos das espécies de ação penal e da definição de competência; em seguida, já na terceira unidade teremos a oportunidade de abordar questões prejudiciais, medidas assecuratórias, bem como as medidas pessoais. Na última unidade, mas não menos importante, concentraremos nos esforços para lhe introduzir três temas de grande importância ao processo penal, quais sejam: a prova, atos judiciais e recursos.

Além de tudo que falamos, é importante estudar o processo penal hoje em dia. As notícias que vemos no dia a dia de nosso país cada vez envolvem mais situações que têm a ver com o nosso estudo! O autoestudo é importante, pois trataremos de situações práticas que envolvem reflexão. Esperamos que essas situações possam ilustrar bem nossos postulados!

Teoria Geral do Processo Penal

Convite ao estudo

Toda disciplina possui uma Teoria Geral, em que são apresentados aspectos introdutórios e princípios gerais. Uma noção introdutória é importante para entender do que se trata o processo como forma de solução de conflitos, afinal, o que os processos visam é aplicar a Lei, que tem como objetivo principal a resolução de conflitos sociais. Também apresentaremos como é o sistema processual brasileiro, com suas particularidades, comparando com os sistemas vigentes na teoria do processo como um todo. É importante que todos nós compreendamos a importância do processo para o Estado de Direito Democrático atual, porque é a sua observância que garantirá a eficácia dos direitos fundamentais do indivíduo ainda que restringidos temporariamente por decisões com poder de império. A restrição da liberdade pode e deve existir quando da prática de condutas lesivas que atingem bens jurídicos assegurados pela constituição. Contudo, é necessário que antes disso, tanto os fatos quanto o direito sejam debatidos em uma relação dialética e limitada pelo direito. É o processo que faz isso.

Está bem. É possível concordar com todas essas premissas. Mas como aplicá-las na prática (talvez você se pergunte, meu caro aluno)? Bem, acreditamos que o nosso conteúdo ficará mais bem assimilado com a nossa proposta de problematização e desenvolvimento de competências que podemos testar ao final. Propomos o seguinte, ao ler o nosso material, isto é, todas as quatro unidades, você conhecerá os aspectos gerais do processo penal brasileiro, compreendendo os princípios estruturantes aplicados em diversos momentos da investigação, prisão cautelar, acusação e instrução, tudo

sob a perspectiva do Estado democrático de direito. Com base nisso, você terá a capacidade de compreender o trâmite processual, desde a fase do inquérito até os mais altos graus recursais, ciente do papel de cada sujeito para a construção do provimento final. Ok?

Para contextualizar esse tema, embora o noticiário já esteja repleto de casos reais, resolvemos propor a você uma história fictícia, mas que representa perfeitamente o cenário com o qual você confrontará nas suas atividades profissionais, quer ver?

José, jovem de 18 anos, morava com os pais em uma cidade do interior de Minas Gerais. Decidido a cursar a faculdade de medicina, resolveu iniciar os estudos em um curso preparatório na cidade de Belo Horizonte. Cerca de dois meses após o início das aulas, conheceu Maria, moça de 13 anos, e irmã do seu colega mais próximo. Logo que a viu, percebeu que o interesse era recíproco, de modo que a convidou para comer um sanduíche. Durante o encontro, conversaram bastante, e José logo percebeu que Maria era muito parecida com ele, pois além de querer cursar a faculdade de medicina, gostava de ir aos mesmos lugares e, inclusive, de conversar sobre os mesmos assuntos. Após longas horas de conversa, Maria disse que precisava ir para casa, e José, então, ofereceu para levá-la. Chegando em sua residência, Maria agradeceu pela noite agradável, e disse que queria ver José novamente, dando-lhe um longo beijo. José, então, ficou apaixonado, de modo que começaram a se ver diariamente, dando início a uma relação amorosa. Mas José ficou preocupado e procurou você, um profissional de direito para orientá-lo sobre os possíveis problemas que esse possível relacionamento poderia causar. Você pode ajudá-lo com essas dúvidas? Pode mostrar quais são os possíveis impactos e penalidades que ele está arriscado?

Seção 1.1

Noção introdutória de processo penal

Diálogo aberto

Como já falamos, o Direito Processual não é apenas uma apuração, uma maneira de buscar punição. Pelo contrário! É uma garantia de eficácia dos direitos fundamentais, pois quando há uma violação do Direito Penal, a oportunidade de restabelecer a situação é criada através do processo. E mais: deve ser imparcial e procurar preservar todas as garantias do próprio acusado. E, por isso, ele é composto de conceitos, princípios e elementos próprios, necessários para que esteja de acordo com o Estado democrático de direito.

No caso hipotético que vamos estudar, será possível relacionar a função do processo penal no Estado democrático de direito para a situação de José e Maria. Vamos nos questionar se este conflito é suficiente para ser levado para o Estado resolver. E, sendo iniciado qualquer procedimento de apuração – sobre existência e autoria de crime – como deve ser conduzido este procedimento.

Já tivemos a oportunidade de lhe introduzir a história de José, um jovem de 18 anos que ainda morava com os pais numa cidade do interior de Minas Gerais. Ele que sonhava em se tornar doutor pela faculdade de medicina da capital acabou se envolvendo com Maria, uma moça de 13 anos de idade. A paixão era recíproca, fulminante e viciou os dois que queriam estar juntos o tempo todo. Uma hora algo iria acontecer, como de fato observou-se. Chegando em sua residência, Maria agradeceu pela noite agradável, e disse que queria ver José novamente, dando-lhe um longo beijo. José a beijou também e encostou suas mãos em algumas partes de Maria que, amando-o, não se incomodava com a iniciativa do rapaz.

Os dois se encontraram algumas outras vezes e chegaram a ter uma relação sexual consentida, mas algo incomodava José. Uma vez ele ouviu dizer que isso podia dar até prisão. Será? Bem, por via das dúvidas, ele resolveu lhe procurar para que você, enquanto advogado, lhe instrísse sobre eventuais consequências daquele ato e daquela paixão por Maria.

Chegou a hora de você ajudar José. Ele está completamente apaixonado por Maria. Porém, aos 18 anos, já possui noções de regras básicas que são postas pelo Estado para evitar conflitos na sociedade. O rapaz está vivendo um verdadeiro conflito moral: ao mesmo tempo que se sente feliz pelo amor correspondido de Maria, ele tem grande receio pela diferença de idade. Maria é uma moça extremamente madura. Mas os critérios biopsicossociais que a sociedade utiliza através das normas materiais-- para determinar algumas questões são diferentes. O que José pode fazer? Será que ele poderia excluir a jurisdição penal desse caso, negociando com os pais de Maria uma solução entre as duas famílias? Para responder a essas dúvidas você precisará conhecer: formas de solução de conflito, conceito de processo e suas fontes. Vamos aprender tudo isso, então? Mãos à obra!

Não pode faltar

É possível deduzir que a primeira modalidade de solução de um conflito entre dois indivíduos com interesses antagônicos tenha surgido com a **autotutela**. O mecanismo de resolução era simples. Aquele que se sentia atingido afastava com sua própria força o mal que lhe era dirigido por outrem. É claro que no início não existiam as noções de proporcionalidade e, nem tampouco de prescrição (perda do direito de punir). Assim quando alguém, por uma conduta própria, lesava um terceiro, a vítima (ou a sua família/pessoas próximas) reagiam como achavam adequado. Se um filho fosse assassinado, a família da vítima sentia-se no direito de agir do mesmo modo.



Pesquise mais

Olha que interessante! O filme *Abril Despedaçado* aborda exatamente esse tema. Não deixe de assistir! *Abril Despedaçado*. Direção: Walter Salles. Brasil-França-Suíça: Imagem Filmes, 2001. DVD (95 min). NTSC, son., color. Port.

A vítima do primeiro ato normalmente se julgava no direito de retaliar o seu agressor da forma e intensidade que quisesse e quando quisesse. Isso provocava um estado de guerra sem fim. É claro também que isso agia contra o próprio interesse da sociedade que,

afinal, deve unir-se para formar uma comunidade com coexistência pacífica, o que é inviável por meio da justiça vingativa.



Assimile

Uma das modalidades de autotutela remanescentes no nosso ordenamento é precisamente a legítima defesa. Claro uma conduta de uma pessoa que lesiona ou ameaça outrem com um mal injusto não pode ser interrompida apenas por agentes do Estado. Se o perigo for iminente e não provocado pela vítima esta pode e deve reagir proporcionalmente para repelir a injusta agressão.

Com base nisso, desenvolveu-se uma segunda modalidade de solução de conflito. Qual seria essa modalidade? **A autocomposição.** Nesta hipótese, não necessariamente arcaica, o Estado poderia vigiar e controlar eventuais acordos entre vítima e agressor. A vítima teria a oportunidade de escolher como ela poderia ser ressarcida pelo mal sofrido. Em caso de homicídio, a família poderia optar, por exemplo, pela escravidão dos agressores. Esse modelo existiu em Roma e de uma certa forma foi reintroduzido pela Lei n. 9.099/95 que criou os juizados especiais cíveis e criminais (BRASIL, 1995). Em algumas hipóteses envolvendo danos, pode-se chegar, hoje em dia, a uma composição entre vítima e agressor que evita qualquer consequência penal, por exemplo.

Mas esse modelo também tem suas falhas. Isso porque, de acordo com o paradigma atual, existem determinados bens, como a vida e a liberdade sexual de crianças sendo ambas irrenunciáveis e impossíveis de serem negociadas. A sociedade evoluiu de tal forma que determinados valores já não podiam ser transacionados sendo a pena a única forma de punição dissuasiva e eficaz.



Refleta

Pense numa coisa: seria possível justificar eticamente a troca da vida humana por dinheiro, por exemplo? Claro que não. Assim, nem tudo é possível transigir, e em se tratando de bens jurídicos protegidos pelo direito penal, esses formam uma maioria absoluta.

Se o Estado deve proteger esses bens para garantir uma convivência pacífica entre todos os habitantes, logo é o próprio Estado que deve assumir a solução de conflitos envolvendo os bens jurídicos mais preciosos socialmente. O Estado passaria a concretizar, por meio da jurisdição penal, a proteção e o poder exclusivo da força para punir determinados atos ofensivos àqueles valores insuscetíveis de transação. Em outras palavras, somente o Estado pode determinar a sanção penal e a forma da sua aplicação quando um bem é violado por uma conduta humana lesiva.

Após anos de desenvolvimento (e escusas pelo pulo histórico) o Estado tornou-se o titular da punição penal, e o responsável por elaborar, através de seu poder legislativo, leis penais, que cominam sanções (como penas capitais, privativas de liberdade, corporais, etc.). Nesse sentido, quando um crime é descoberto, este poder abstrato de punição passa a se tornar uma pretensão punitiva, através da qual o Estado busca exercer o seu *ius puniendi*, ou direito de punir, efetivo, exigindo do autor do delito o cumprimento de sua sanção imposta, reafirmando assim a vigência da norma penal.

A jurisdição, pode-se definir, por conseguinte, como o poder de dizer o direito no caso concreto, impondo uma decisão com poder de império, isto é, que possa ser determinada, executada e cumprida pelo Estado através de suas próprias instituições. E como será construída essa decisão (condenatória ou absolutória)? Através do processo! **E o que é o processo?**

Durante muito tempo, a doutrina sempre defendeu a ideia de que o processo era apenas isso: um mero instrumento de aplicação da norma penal, da sanção criminal, da violência legítima monopolizada pelo Estado (pena). O processo serviria apenas para atingir uma decisão final, de forma técnica e impessoal.

Hoje já há um reconhecimento de que o Estado não pode simplesmente punir de qualquer maneira. Considerando que estamos tratando da aplicação de um Direito que visa restringir a liberdade de locomoção dos jurisdicionados, é indispensável o respeito a direitos e liberdades individuais para que este aparato obedeça aos ditames do Estado Democrático de Direito. Como adverte Norberto Bobbio, "a proteção do cidadão no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária" (BOBBIO, 1999, p. 96-97).

É importante, então, haver um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado as garantias fundamentais, e a efetividade do próprio processo como instrumento de pretensão punitiva. Este é um equilíbrio extremamente complexo, que constantemente é dificultado por algumas análises extremadas, tanto para um lado, quanto para outro.

Para começarmos a entender tudo isso, temos que destacar a diferença entre **processo** e **procedimento**. Um procedimento nada mais é que uma sequência de atos. Mas o que o distingue do processo? Vamos adotar a teoria desenvolvida pelo processualista italiano Elio Fazzalari. Segundo ele, a diferença é que o processo é o procedimento realizado em contraditório. E o que é contraditório? É a oportunidade de simétrica paridade, ou seja, basicamente a oportunidade de se contradizer algo que é dito em relação àquele fato.

Vamos explicar um pouco melhor: um procedimento é uma mera sequência de atos, enquanto o processo é este procedimento que é realizado em contraditório. E o contraditório é a oportunidade de se manifestar. Assim, só pode haver um provimento processual quando a pessoa (a ser atingida por este ato) puder manifestar-se em sua própria defesa.



Refleta

O processo é um conjunto de atos ordenados e lógicos desenvolvidos em contraditório, enquanto o procedimento é simplesmente o conjunto de atos, sem necessariamente haver contraditório. Por que o contraditório é tão essencial para a caracterização de um processo?



Exemplificando

Em cada ato a ser executado deve preferencialmente ser antecedido pelo contraditório. Numa audiência, por exemplo, o juiz não pode impedir que o acusado (através de seu advogado) faça perguntas às testemunhas de acusação. Também, o órgão acusador deve ter oportunidade de perguntar aos arrolados pela defesa. Tudo isso para formar uma convicção de melhor qualidade para o juiz.

O contraditório é, portanto, a concretização de um discurso dialético em que as duas partes debatem entre si para que o terceiro escolha as provas e os argumentos mais persuasivos.

A teoria de Fazzalari, publicada nos anos 1970 do século XX, e deve ser atualizada de acordo com outros princípios que formam um ambiente ideal de discurso onde o processo se realiza. Junto à ideia de contraditório, temos a de ampla defesa, por exemplo. Ainda mais no Processo Penal, onde a aplicação da lei é ainda mais dura, por ser o Direito Penal o de sanções mais graves. Quanto maior a gravidade de uma consequência jurídica, maiores são as formas disponíveis para viabilizar a melhor defesa possível.



Pesquise mais

Qual seria a diferença fundamental entre a teoria instrumentalista e fazzalariana do processo? Pesquise mais em SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Desse modo, o processo penal regula a atuação do poder jurisdicional no âmbito penal, mediante um complexo de atos que culminam na solução judicial de um eventual conflito de natureza penal (REBOUÇAS, 2017). O importante é lembrarmos sempre que o processo penal não tem como único intuito aplicar o direito penal, ou seja, punir. Tem, também, o objetivo de **limitar** o Direito de punir, impondo garantias e principalmente, permitindo a legitimidade do julgamento.



Refleta

Isso significa que muito além de focar apenas na justiça ou injustiça de uma decisão, se ela foi certa ou errada (o que provocaria debates acalorados que se eternizam no tempo, desgastam instituições e até mesmo amizades, não é mesmo?) o escopo do processo hoje é tratado sob outra perspectiva. Que tal mudarmos a nossa projeção de justo ou injusto para que o possamos fiscalizar se o caminho pelo qual alguém foi julgado efetivamente correspondeu ao script previsto em lei? É justamente o respeito ao devido processo que garantirá a legitimidade da decisão independente de seu teor, já que a verdade enquanto algo

absoluto e imutável talvez não esteja em nosso reino humano, mas em algo superior. O que acha dessa nova visão?

O poder de punir é privativo do Estado, e ele passa a pretender essa punição. Mas deve respeitar seus próprios limites para poder ter condição de efetivamente aplicar a lei penal. A verdade é que como em qualquer situação de tensão, como a processual, há forças que colidem.

De um lado há a vontade de demonstrar a existência do fato criminoso e, conseqüentemente, sua autoria (o lado instrumentalista do processo, ou seja, como instrumento do Estado); e de outro a garantia dos direitos fundamentais do acusado. Esse equilíbrio deve ser buscado para que a produção de provas e elementos possa demonstrar de maneira suficiente a existência ou não de necessidade de aplicação da lei.

Não há nenhuma dúvida sobre o direito de punir do Estado quando se depara com o cometimento de delitos. Pelo contrário! É exercício de justiça e garante uma sociedade mais harmônica. Mas, também, a absolvição de um inocente é tão importante quanto qualquer condenação. O risco de condenação de um inocente merece mais cuidados ainda que o risco de absolvição de um culpado (OLIVEIRA, 2010).

O processo penal deve ter o mínimo de humanidade – estamos julgando um ser humano! Todos podem errar num processo, e a reconstrução da “verdade” não é plena. Podemos até falar em uma “verdade processual”, mas essa jamais será absoluta, a história de que há uma “verdade real” a ser apurada no processo é nada mais que um mito irreal. O processo não é infalível.

A ideia de submeter ao contraditório, de propiciar a ampla defesa é justamente para dar garantias e oportunidades de que essa “verdade processual” possa ser construída de maneira mais legítima possível. Ou seja: dentro do que se pode fazer, tenta-se fazer o melhor.



Pesquise mais

Não deixe de ler a sanção 4 do capítulo 2, entre as páginas 97 à 105 da obra do escritor Aury Lopes Jr.: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Nesta obra você poderá compreender melhor o escopo do processo penal.

Mas as experiências autoritárias, totalitárias em relação às quais vez ou outra a humanidade sempre é submetida, isso nos força a criar estruturas cada vez mais rígidas para proteger valores que foram conquistados com (literalmente!) muito sangue. Uma das formas de garantir a proteção é precisamente elevando normas para a legislação e transformando-as em princípios e regras. Todo esse roteiro do processo penal pelo qual uma decisão será proferida deve estar sustentado pelas fontes dessa disciplina. E quais seriam essas?

Além do próprio Código de Processo Penal, temos de ter uma compreensão constitucional dessa disciplina. E para quê? Para garantir ainda mais sua permanência e efetividade em casos concretos ou mesmo em situações de crises sociais. Bem, enquanto o Código de Processo Penal irá disciplinar o modo pelo qual os atos serão cumpridos em eventual investigação e instrução criminal, a Constituição dispõe sobre o paradigma ao qual todas as leis deverão obrigar-se a cumprir. A Constituição da República de 1988 (BRASIL) reuniu os princípios processuais mais importantes para estabelecer um paradigma (um modelo abstrato) processual pelo qual qualquer legislação e incriminação devem obedecer.

Além de uma mera constatação de direitos fundamentais, a orientação e solução de conflitos sociais da gravidade dos que são tratados pelo processo penal, deve sempre ter como parâmetro a Constituição. Veja que na nossa Carta Magna temos artigos que colocam diversos direitos como fundamentais, art. 5º, 6º e 7º (BRASIL, 1988). Trata-se nada mais, nada menos, de um próprio compromisso de todos os entes envolvidos com o processo e com a democracia! Assim, o direito processual penal possui, sim, um fundo constitucional.

Desse modo, temos alguns princípios inafastáveis para o processo penal, alguns dos quais já falamos, mas nunca é demais, pelo menos, citá-los rapidamente. Não se preocupe, pois vamos detalhar cada um deles à medida que avançarmos no nosso estudo (BRASIL, 1988).

- Ampla defesa e contraditório (art. 5º, inc. LV);
- Isonomia (art. 5º, caput);
- Duplo grau de jurisdição (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º);
- Princípio acusatório (art. 129, inc. I);

- Proporcionalidade (art. 37);
- Estado de inocência (art. 5º, inc. LVII).

Todos estes princípios devem ser observados no inquérito e no processo penal. Melhor dito: devem ser sempre ponderados em relação à efetividade processual. Jamais poderíamos, em nome de ter maior efetividade, sacrificar princípios. Mas, também, devemos saber que pecar pelo excesso com os princípios, também torna o processo extremamente lento.



Reflita

O juiz não pode condenar baseado no silêncio do acusado. O direito ao silêncio sem ser comprometido como presunção de culpa é um dos maiores corolários constitucionais. Alguém que não quer falar em sua própria defesa, não pode ser interpretado como confissão. Há várias razões que um acusado pode querer se calar. Se calar é exercer um direito, independentemente de ser responsável pelo delito.

Assim, de uma forma definitiva, o acusado, investigado, suspeito, réu, enfim são considerados não como objetos do processo e de aplicação da lei penal, mas como sujeitos, titulares de direitos e garantias. São direitos individuais que o Estado lhe dá para que possamos estar sujeitos a nos defender. Ao mesmo tempo, isso não retira o enorme grau de constrangimento que encerra um processo penal, devendo sempre ter o mínimo de substrato para existir.

Desse modo, quando surge a prática de um crime, cabe ao responsável, isto é, o titular da ação penal manifestar o interesse que a lei seja cumprida e o autor do delito punido, bem como os inocentes absolvidos. No processo penal, em regra, o titular da Ação (a forma como a pretensão é exteriorizada) é o Ministério Público cujo interesse de promover a persecução é presumida pelo cargo que ocupa e pela obrigatoriedade de agir quando toma conhecimento de fatos delitivos. Assim agindo, o réu se defenderá da acusação no processo, resistindo à pretensão da acusação exposta na ação penal. A defesa do réu, como veremos mais à frente, deve defender seus direitos ainda que o acusado seja confesso. E por quê? Lembre-se de que o direito e o processo penal trabalham com bens jurídicos indisponíveis pelo que o interesse de defesa é presumido de forma absoluta. A sua ausência ou deficiência será capaz de provocar um vício sujeito, inclusive, à nulidade do processo.

E como podemos evitar equívocos e nulidades do processo por desobediência às regras desse ramo jurídico?

Nenhum ente processual, muito menos as autoridades envolvidas, podem ignorar as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional e aplicar regras procedimentais como quiserem. Isso é essencial. Assim, deve-se conferir a lei vigente para aplicar em casos concretos.

E como podemos resumir as fontes do processo penal, isto é, de onde o operador do direito poderá se basear para aplicar ou fiscalizar o cumprimento do processo? Podemos dividir esse tópico por meio de algumas classificações, vamos ver?

- Fonte material: trata-se da fonte de produção. Por esta fonte, um ente federativo torna-se o responsável por legislar sobre a matéria. Quem ou o que define isso é a própria Constituição em seu art. 22, inc. I. É este o dispositivo que impõe exclusividade à União a competência para legislar sobre processo penal.
- Fonte formal: por esta fonte o operador do direito conhece a norma responsável por disciplinar determinada matéria. Aqui devemos subdividir em fontes primária e secundárias.
 - Fonte primária: são as normas que devem ser diretamente aplicadas em caso de um conflito envolvendo a prática de delitos. No nosso ordenamento a fonte primária é a lei em sentido amplo, incluindo obviamente: a Constituição da República de 1988, Pacto de San José da Costa Rica, bem como o Código de Processo Penal e demais leis extravagantes.
 - Fonte secundária: sabe-se que a lei não é capaz de suprir todas as situações que podem ocorrer no mundo real. Diante de uma lacuna legislativa, conforme o art. 4º do CPP, pode-se recorrer às fontes secundárias compostas pelos princípios gerais de direito, costumes e a analogia.



Pesquise mais

E a doutrina, jurisprudência e súmulas vinculantes, qual é a natureza deles? Fonte primária ou secundária? Leia a obra de LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Sobre os fundamentos do processo penal, para fins de introdução, estas informações foram suficientes. Ainda nos resta, contudo, uma longa jornada a ser percorrida e por isso o convidamos a estudar e se aprofundar mais sobre o tema.

Sem medo de errar

Nesta seção, foi proposta a você a seguinte situação-problema: chegou a hora de você ajudar José. Ele está completamente apaixonado por Maria. Porém, aos 18 anos, já possui noções de regras básicas que são impostas pelo Estado para evitar conflitos na sociedade. O rapaz está vivendo um verdadeiro conflito: ao mesmo tempo que se sente feliz pelo amor correspondido de Maria, tem grande receio pela diferença de idade. Maria é uma moça extremamente madura. Mas os critérios biopsicossociais que a sociedade utiliza, através das normas materiais, para determinar algumas questões são diferentes. Você pode orientá-lo baseado nas normas do Direito? Quais penalidades podem ser atribuídas a ele em caso de denúncia? O que você sugere a ele fazer para que não sofra qualquer problema? Há um conflito a ser resolvido. Será possível evitar a jurisdição? Há alguma outra forma de resolução?

Para solucionar a questão, será necessário compreender:

- a) Conflitos e formas de resolução.
- b) Direito de punir.
- c) Interesse e pretensão punitiva.
- d) Fontes do processo: CPP e Constituição.

De fato, ter relação sexual com uma pessoa menor de 14 anos é considerado crime de estupro com violência presumida devido à vulnerabilidade de uma das partes para compreender e anuir com o ato sexual. O Código Penal, nesta hipótese, prevê que a ação penal será pública e não depende do consentimento da vítima para iniciar investigações para apurar esse delito. Isso significa que independentemente da anuência da família e até mesmo de Maria, o Ministério Público, caso lhe seja noticiado, poderá oferecer uma ação penal contra José imputando-lhe o crime previsto no art. 217 - A ainda que a família de Maria ou ela própria tenham permitido

essa relação. Após a prática do ato, não caberá mais aos envolvidos a resolução desse conflito com qualquer tipo de autocomposição ou autotutela, já que a liberdade sexual da vítima é, em tese, irrenunciável. Sendo uma conduta criminosa, somente o Estado poderá agir e impor, se for o caso, com uma pena. O Estado deverá assim manifestar o interesse de punir José através do Ministério Público, mas este poderá resistir à pretensão punitiva alegando toda a matéria que preencha os interesses da defesa sustentados por normas previstas na legislação processual penal em vigor, sobretudo, previstos no Código de Processo Penal e na Constituição.

Avançando na prática

João Mão-leve e a presunção de inocência

Descrição da situação-problema

João Mão-leve foi indiciado por peculato, crime previsto no art. 312 do Código Penal. Segundo consta nas investigações, ele era funcionário público e teria se aproveitado de seu acesso a pagamentos públicos para desviar dinheiro para suas próprias contas. João Mão-leve tentou devolver a quantia subtraída como uma forma de negociar com o ente público a eliminação de processo penal. Além disso, ofereceu ao órgão lesado também a oportunidade de escolher algum bem da propriedade de João para compensar qualquer mal-entendido, dizia João. Será que esse caso poderá ser resolvido somente entre as duas partes envolvidas?

Resolução da situação-problema

Trata-se de um caso que envolve uma vez mais a prática de crime. Em regra, como vimos a ação penal é de titularidade do Ministério Público não cabendo outras formas de resolução, senão através da jurisdição penal que deverá impor uma sanção independente da anuência ou composição entre o delinquente e a vítima. Uma das consequências da pena é justamente a devolução de bens subtraídos, mas isso não irá eliminar a própria aplicação da pena restritiva de liberdade. Ainda que João queira devolver ou compensar os danos, ele deverá ser submetido ao processo penal para apurar a sua culpa, e configurada, estará sujeito à punição que só poderá ser aplicada pelo Estado-juiz.

Faça valer a pena

1. Sobre a teoria Fazzalariana de processo, também denominada teoria Estruturalista do processo, pode-se dizer que o processo é:

Assinale a alternativa correta:

- a) Instrumento da jurisdição para aplicar o direito ainda que sacrifique direitos fundamentais.
- b) Procedimento desenvolvido em contraditório.
- c) Situação jurídica entre autor e réu em que prioriza a autocomposição.
- d) Mera técnica de resolução de controvérsias em que prioriza a autotutela entre as partes.
- e) Uma relação jurídica entre o autor e o réu em que o juiz atua para auxiliar a condenação.

2. O processo penal moderno vem se desenvolvendo de forma a impedir que a punição se torne um ato de vingança de todos contra um, assim, o processo penal acaba sendo uma garantia de proteção do próprio réu contra os abusos do Estado.

Nesse contexto, assinale a alternativa condizente com as características atuais do processo penal brasileiro:

- a) O processo deve identificar o autor de um crime ainda que isso represente o sacrifício de todos os princípios e direitos fundamentais.
- b) O processo, para ganhar legitimidade, deve atingir a verdade real como objetivo maior de um Estado Democrático de Direito.
- c) A autotutela continua sendo o meio de solução de conflito mais comum judicialmente, respaldado por critérios de proporcionalidade e senso de justiça.
- d) A autocomposição está presente hoje em dia no ordenamento jurídico brasileiro por meio da legítima defesa, prevista no art. 23 do Código Penal.
- e) O processo é uma garantia de cumprimento de direitos fundamentais protegendo simultaneamente a sociedade contra atos lesivos de delinquentes e autoritários do Estado.

3. Sabe-se que o direito à não incriminação ou o direito ao silêncio é uma das conquistas mais importantes das garantias fundamentais. O réu tem completo direito a permanecer em silêncio em qualquer momento da instrução penal, sem sequer ter de declarar as razões que fizeram com que se decidisse pelo silêncio

Num determinado inquérito, o delegado alertou ao investigado que deveria falar. Isso porque, se ficasse em silêncio, sem explicar nada, as provas colhidas poderiam ser interpretadas junto ao seu silêncio, o que lhe prejudicaria. Mesmo assim, o investigado permaneceu silente. Depois, orientado pelo seu advogado, também exerceu esse direito em audiência judicial, o que acabou provocando a absolvição por falta de provas. Diante desta situação, assinale a alternativa correta:

- a) O processo penal deve ser iniciado, fracassando em seus fins já que, ao ser iniciado deve necessariamente concluir pela condenação.
- b) O direito ao silêncio é uma forma de exercício abusivo do estado de inocência, eis que cria um obstáculo intransponível à verdade real.
- c) Os princípios processuais devem ser desprezados no inquérito, eis que qualquer direito nesta fase poderia atrapalhar as investigações.
- d) Este processo cometeu um grave erro durante o seu trâmite. Isso porque a defesa, ao optar pelo silêncio, não exerceu o direito ao contraditório e à ampla defesa.
- e) O Estado de Inocência é um princípio previsto constitucionalmente e garante ao acusado o direito de não produzir provas contra si, o que lhe permite ficar em silêncio, se assim lhe convier.

Seção 1.2

Princípios e sistemas processuais

Diálogo aberto

Como você sabe, no Estado Democrático de Direito todo acusado deve ser presumido inocente e ter assegurado o devido processo legal, pouco importando a gravidade da acusação que foi formulada contra ele. Se antes José estava aflito, agora ele está em apuros e precisa de sua ajuda na condição de advogado dele. Está na hora de ajudá-lo a se defender criminalmente. E por quê? A mãe de Maria descobriu a relação amorosa entre ela e José tomando a iniciativa de noticiar às autoridades policiais que procederam à abertura do Inquérito Policial. E agora, José?

No caso dado, você irá estudar as derivações do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento, bem como regra de julgamento e, ainda, regra probatória. Muita coisa? Que nada! Com o nosso modelo ficará muito fácil entender essas distinções. Você verá também os sistemas processuais penais e sua aplicação no processo penal brasileiro, fazendo uma conexão com o princípio do estado (ou presunção) de inocência.

Nesse momento, você deverá ajudar José a se defender no inquérito policial, buscando medidas e soluções jurídicas para que ele possa se defender. Tudo isso para que lhe sejam assegurados seus direitos fundamentais.

E olha a primeira situação delicada surgida ainda na fase de inquérito. Durante a tramitação desse procedimento para apurar a prática de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, você observou que o juiz havia determinado o sigilo das investigações, inclusive em relação aos advogados munidos com procuração. Mas pior do que isso. As poucas informações que você tem sobre o caso foram divulgadas de forma clandestina por meios de comunicação que noticiaram o empenho do juiz competente para produzir provas e alcançar a condenação de estupradores. Tal era a obstinação do julgador que ele montou uma força-tarefa em conjunto com o Ministério Público, a fim de que ambos

trabalhassem em sintonia e eliminassem esse tipo de perversão sexual ameaçadora da moral e dos bons costumes da cidade.

Será que o juiz pode restringir o acesso de advogados ao Inquérito Policial? Ao produzir provas durante o inquérito, estaria o julgador ultrapassando as suas funções constitucionais de sujeito processual imparcial? É possível manter o sistema acusatório e permitir que o julgador produza provas de ofício?

Nesse caso, você poderá ajudar José a assegurar seus direitos, para tanto, estude o caso e a teoria, junte teoria à prática e mãos à obra! José precisa de você!

Não pode faltar

O modelo processual penal presente no ordenamento jurídico brasileiro é fruto de um desenvolvimento tanto científico quanto sociológico pelo qual a civilização, sobretudo ocidental, vem experimentando ao longo dos últimos séculos. Trata-se de um fenômeno que, embora não seja exatamente linear, vem progredindo (sempre com alguns percalços), mas produzindo resultados que refletem o status democrático no qual a nossa sociedade está inserida. Isso porque o processo é o espelho da nossa democracia. Quanto mais autoritário for este ramo da ciência jurídica, maior será a evidência de que o nosso Estado ainda peca pela arbitrariedade de nossos agentes públicos. Por que é assim? Vejamos essa breve introdução histórica e elucidativa!



Assimile

É muito importante conhecer os sistemas processuais penais e saber reconhecê-los na prática, pois eles formam o núcleo que fundam todo o processo penal. Assim, assimile bem os sistemas e procure perceber como nosso paradigma é em certo sentido esquizofrênico ao prever um modelo misto (muito próximo à inquisição) no âmbito infraconstitucional e, paralelamente, garantir o sistema acusatório na Constituição.

O sistema acusatório desenvolveu-se ainda na Grécia, mas atingiu o seu auge durante a Roma Antiga, ainda quando esta cidade-Estado era regida por uma República. Não havia uma noção exata sobre a autonomia científica do processo penal. Certo é, no entanto, que este

se desenvolvia, em linhas gerais, como um procedimento dialético em que a acusação deduzia o pedido de condenação com base em provas por ela produzidas contra o réu que, assim, promovia a sua defesa, em simétrica paridade, para que o pretor pudesse avaliar de forma equidistante o poder persuasivo tanto de um quanto de outro lado. O procedimento era marcado pela oralidade e publicidade dos atos, garantindo autonomia das funções e, com isso, a gestão das provas era atribuída exclusivamente às partes.

Mas nem tudo eram flores. O sistema acusatório daquela época realmente criou distorções. Enquanto os mais pobres não tinham condições econômicas para arcarem com os custos de uma investigação (que era privada às partes), os mais ricos não apenas contratavam os melhores profissionais, como também simulavam a existência de crimes, cujas condenações lhes beneficiariam no futuro. Com isso, o mérito das causas acabava se relacionando mais com a capacidade econômica do que com a responsabilidade dos sujeitos.

Esse modelo, no entanto, sofreu gradual decadência a partir do Império Romano. Tal tendência agravou-se com a influência cada vez maior da Igreja Católica nos diversos feudos espalhados pela Europa durante ainda a Idade Média. A intenção das mudanças era inicialmente louvável, diga-se de passagem. Sob o argumento de proteger os valores sociais (basicamente cristãos) e resguardar a todos independentemente dos estratos sociais (nobreza, clero, povo e, posteriormente, burguesia), o direito canônico desenvolveu um sistema processual que tinha como meta a efetividade de suas normas.

Não era de todo ruim. Ao invés de concentrarem todos os atos em apenas uma fase, os teóricos da inquisição desenvolveram o processo de forma escrita para que as informações não se perdessem ao longo do tempo. No procedimento inquisitório, a prova ganhou ares de cientificidade, vez que a partir dele, as espécies probatórias passaram a ser construídas e fundamentadas por critérios mais racionais que envolviam a noção de causalidade entre ações e resultado (causa, consequência, vestígios, etc.). O inquisidor tinha liberdade para produzir provas e impedir que a capacidade econômica fosse determinante para a decisão final.

Com isso, a impunidade passou a ser severamente combatida.

Mas, como concretamente se impedia que fatos fossem impunes? Simples, repare! Ao garantir maior liberdade para o julgador, reduziam-se as influências de fatores externos, como da defesa. Passou-se, com isso, a restringir o exercício defensivo do inquirido, pela seguinte compreensão: inocentes não precisam de defesa. Os fatos demonstrariam a inocência por si só. Tinha-se como premissa que a sua atuação era meramente protelatória para a decisão final certa e justa.

Ausente a figura do defensor, consequentemente o inquisidor acumularia, assim, as outras duas funções (investigação/acusação e julgamento). Ora, sendo ele imparcial, o julgador poderia atuar em qualquer função que se manteria neutro para: realizar e avaliar qualquer ato, prova ou acusação. Dessa forma, ele acusava, produzia provas, analisava-as e as julgava. Tudo junto e misturado!

Além disso, o procedimento era sigiloso. A lógica é sempre a mesma, não perca isso da sua mente! Quanto menos a sociedade e o réu conheciam a investigação, menos eles “atrapalhavam” (aspas pela ironia) o rumo da inquisição. O réu poderia, no máximo, ajudar em favor da acusação que lhe era imputada. É isso mesmo que você leu! Isso ocorria quando ele confessava os fatos. Veja como era perverso, mas coerente. Considerando que a verdade era tida como um valor absoluto, justificava-se a tortura para que a hipótese inicialmente traçada pelo inquisidor fosse confirmada por meio da espécie probatória mais valorizada pelo sistema inquisitório, qual seja: a confissão.

Ora, não havia defesa, não havia publicidade, não existia contraposição de provas e ideias. De repente, uma pessoa era presa e encaminhada às sessões de tortura (para assumir a responsabilidade sobre os fatos apurados) quando não era surpreendida com uma condenação. Perceba que esse modelo era tão eficiente que até mesmo os Estados nacionais recém-criados se apropriaram dele para reforçar o governo absolutista monárquico. Incrível, não é? Não, definitivamente não!

Este foi o modelo responsável pelos fatos mais vergonhosos da nossa história. A sociedade tornou-se alvo de uma verdadeira caça às bruxas em que inocentes foram condenados para satisfazer interesses ocultos. Condenações baseavam-se em confissões de acusados que apenas não suportavam mais as dores da tortura.

Inquisidores se corromperam pelo excesso de poder que eram concentrados em torno de si. A violência promovida pelas forças públicas tornou a sociedade (Estado e pessoas) ainda mais violenta, já que os crimes se agravavam como reflexos das penas e processos cada vez mais bárbaros e banais. O show de horror nos tornou insensíveis à dor. Um verdadeiro ciclo vicioso em que um tentava ser pior do que o outro.

Contra isso, veio o iluminismo que produziu diversos materiais que combatiam a arbitrariedade. Primeiramente, Cesare Beccaria (GOMES, 2014) anunciou que a tortura não identifica culpados, mas provavelmente aqueles que querem se ver imediatamente livres da violência sofrida pelos torturadores. Ocorre que muitos criminosos sabem que a dor da pena é maior do que a dor da tortura pelo que resistiam com maior esforço. Os inocentes, já injustiçados, preferiam a morte a serem submetidos à violência gratuita.

Constatou-se, igualmente, que o processo composto por uma parte só era, na verdade, um jogo de cartas marcadas. Aquele que desconfia de algo, estatisticamente, tende a promover mais provas para confirmar a suspeita inicial do que para refutar sua hipótese.



Assimile

Resumindo o cenário montado pela inquisição. Os suspeitos eram perseguidos em processos sigilosos, muitas vezes em acusações sustentadas por versões de pessoas motivadas por interesses próprios. Tudo isso sem que o investigado pudesse se defender, mas ao contrário ele efetivamente participavam apenas por ocasião da confissão/tortura.

É claro que esse ambiente se tornou insustentável! A falta de legitimidade dos julgamentos e as respectivas condenações fizeram surgir no meio social um sentimento generalizado de injustiça. A sociedade passou a exigir processos mais transparentes e democráticos agora influenciada por movimentos iluministas. Para eles não bastava apenas a Constituição como ferramenta legal para dividir os poderes, era igualmente imperioso criar um modelo processual que também redistribuísse as funções em investigações criminais. O processo deveria ser conduzido entre o julgador, o acusador e a defesa.



Exemplificando

Por exemplo, um juiz que, sem pedido, determina a oitiva de pessoa não arrolada pelas partes, já tem a decisão formulada, estando em busca apenas de elementos que justifiquem sua decisão.

Com a revolução francesa foram, então, editadas no mesmo país as Ordenações Criminais de 1808, denominadas na época como Código Napoleônico. Esse conjunto normativo atendeu aos anseios sociais e inaugurou um novo sistema chamado de modelo misto. Agora o processo criminal funcionava de modo que reunisse as qualidades tanto do modelo inquisitivo quanto do acusatório. O processo era, assim, dividido em uma fase inquisitória (investigação) e a outra acusatória (julgamento). Esse mesmo Código Napoleônico serviu como base para a elaboração do Código de Processo Penal de inúmeros Estados e em diferentes períodos históricos. No Brasil, adotamos esse modelo a partir de 1832 quando foi promulgado o Código de Procedimentos Criminais do nosso Império.

Mais de cem anos mais tarde o sistema misto também serviu como guia para os legisladores da Itália fascista de Benito Mussolini. Elaborado por Alfredo e Arturo Rocco (Código Rocco), sob o comando de Vincenzo Manzini que era primeiro ministro do governo italiano. Tal código foi concebido, uma vez mais, para perseguições pessoais, condenações massivas de inocentes, do mesmo modo que ocorria na inquisição.

Não diz a história que o modelo misto reunia a qualidade dos dois sistemas? Sim, mas aquilo foi possível? Muitas vezes defensores do sistema misto esquecem-se de que esse modelo também manteve os defeitos da inquisição. Isso porque as provas decisivas continuaram a ser produzidas basicamente na fase de inquérito (livre da defesa e do contraditório). Em juízo elas eram apenas confirmadas, o que facilita e muito o trabalho da acusação. Em outras palavras, o contraditório (capacidade de refutar provas e argumentos) tornou-se absolutamente deficiente, eis que as condenações se sustentavam exclusivamente pelo material colhido na primeira fase, quando juízes e o Ministério Público atuavam juntos e de mãos dadas contra o crime.

Esse modelo, que permitia ao juiz quase um “poder moderador

imperial”, atribuindo-lhe funções de julgar e acusar, influenciou decisivamente o nosso legislador brasileiro que promulgou o Código de Processo Penal de 1941, cuja estrutura básica inquisitorial continua ainda em vigor. Elaborado por Francisco Campos, então Ministro da Justiça, sob comando do presidente Getúlio Vargas, o Código é tido por seu viés claramente autoritário, pretendendo tutelar direitos sociais em detrimento de direitos individuais. Forjado sob um governo ditatorial, o Código ainda vigora no Brasil, tendo nascido para servir à ditadura Vargas e contribuído para a ditadura Militar (1964-1984). Com a redemocratização em 1988, este mesmo Código já foi reformado, mas ainda não foi afastado.

Veja bem, caro aluno. No atual código, a inquisitorialidade é clara. Repare como ela funciona: o juiz pode requisitar a abertura de inquérito (art. 5º), o juiz pode produzir provas de ofício (arts. 155 e 156), decretar prisões de ofício, condenar alguém a despeito de pedido de absolvição formulado pelo órgão acusador (art. 386). Enfim, observe que o juiz assume verdadeiramente o papel da acusação, reunindo iniciativas em relação às quais ele deveria ser, no máximo, o responsável por apreciá-las dentro de sua função judicante. É como se ele pedisse algo para ele próprio decidir. Uma verdadeira farsa processual!



Reflita

Reformas pontuais poderão ser suficientes para adaptar sistemas antagônicos?

E o problema não é apenas a sua origem fascista italiana ou a contradição com o paradigma inaugurado pela Constituição de 1988. É pior do que tudo isso. Enquanto o Código de Processo Penal pretensamente adota um sistema misto (mas, para lá de inquisitivo) a Constituição elegeu outro paradigma (acusatório). Um e outro são completa e absolutamente incompatíveis. Mas, por quê?

A Constituição da República, primeiramente, assegura a publicidade dos atos processuais, salvo, necessidade de restrição para preservar a intimidade ou, se assim, o interesse social exigir no caso concreto (BRASIL, art. 5º, inc. LV, 1988). De todo modo, a constituição prevê também a ampla defesa e o contraditório (BRASIL, art. LV, 1988) garantindo aos advogados acesso aos autos

independentemente da fase em que se encontram (no inquérito ou em processo judicial). Além disso, a Constituição apregoa que cabe ao julgador tão somente processar e julgar, conforme art. 102 e seguintes (BRASIL, 1988). Ao Ministério Público, contrariamente, é dedicada a titularidade da ação penal e, implicitamente, de todos os meios inerentes para sustentá-la, de acordo com o art. 129, inc. I da Constituição (BRASIL, 1988). Estabeleceu-se, por fim, que o advogado é indispensável para a administração da justiça. Como excluir a defesa do inquérito com a força normativa desse dispositivo constitucional? Impossível!

A nossa Lei Maior criou, resumidamente, um ambiente processual ideal para a discussão judicial de cunho claramente democrático, elevando princípios ao status de direitos fundamentais. Concebeu-se que todo poder emana do povo (e não das armas), que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, sendo a sociedade, através de seus representantes, legitimada para discutir abusos para afastar danos ou ameaças a direito (sobretudo, fundamentais), inclusive na esfera judicial (livre acesso à jurisdição).

Por isso, é igualmente necessário ser analisado o sistema acusatório de acordo com o modelo constitucional de processo sobre o qual tecemos algumas observações na seção anterior, está lembrado? Vamos ajudá-lo! O processo (seja ele penal, civil, trabalhista, etc.) é concebido pela doutrina da qual fazemos parte (Fazzalariana) como um procedimento em contraditório (e também em ampla defesa, simétrica paridade, etc.) que juntos legitimam o provimento final, garantindo a participação efetiva de todos os interessados para que os direitos fundamentais (mesmo entre aqueles eventualmente atingidos por uma condenação) sejam respeitados. Agora precisamos definir o conceito desses mesmo princípios, vamos a eles?

Merece destaque inicialmente o princípio do contraditório, base da teoria fazzalariana e que possui previsão expressa na Constituição, Art. 5º, inc. LV (BRASIL, 1988). Segundo a doutrina, **o contraditório** apresenta-se como o direito de ser informado e reagir/manifestar-se sobre os atos processuais praticados. Por exemplo, um promotor denuncia, o acusado é citado para apresentar a defesa, em seguida a **ampla defesa**. Resguardado pelo mesmo dispositivo acima, esse princípio garante ao acusado o direito de se defender direta e

indiretamente. Isso se faz com a garantia de que o réu seja assistido tecnicamente por um defensor e pelo direito de ele próprio defender-se, em sede de interrogatório, por exemplo.



Pesquise mais

Não apenas a Constituição prevê esses princípios, mas a própria legislação extravagante e súmulas editadas pela Suprema Corte. A título exemplificativo, pesquise mais sobre:

- art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906 (BRASIL, 1994).
- Súmula vinculante nº 14 do STF (BRASIL, 2009)

Não menos importante é o **princípio da isonomia** de acordo com o qual as partes devem atuar no processo (agir e reagir através de atos processuais) sob a mesma intensidade e prerrogativas. Assim, disponibilizam-se os mesmos instrumentos de convencimento (fases de comprovação e de argumentação). Dessa forma, se a acusação pode arrolar oito testemunhas para cada fato imputado a defesa também poderá arrolar oito testemunhas sobre o mesmo fato.

Nada adiantaria, contudo, prever todos esses princípios, caso o magistrado pudesse decidir um caso por meio de sua íntima convicção, por exemplo, “condeno Joãozinho, porque quero condená-lo”, ou em outras palavras, “fi-lo, porque qui-lo” (sic). Por isso, a Constituição exige que toda decisão seja prolatada de forma fundamentada. Tal compreensão é expressa pelo **princípio do livre convencimento motivado**. O juiz tem liberdade para escolher a prova e a argumentação mais persuasiva para si, mas deve explicar o motivo que o levou à decisão. Só assim podemos fiscalizar a racionalidade do julgador. O **duplo grau de jurisdição** é um princípio igualmente importante para impedir ou reduzir erros e vícios que podem ser praticados numa única decisão. Esse princípio, contudo, encontra-se previsto no Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º que ora é tratado como fonte suprallegal, ora como princípio constitucional.

Por fim, o **estado de inocência**. De acordo com o art. 5º, inc. LVII da Constituição, ninguém será considerado culpado, senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A Constituição pretendeu impedir a antecipação de efeito condenatório durante

ainda o inquérito ou no processo de conhecimento (ainda que esteja em grau recursal). Ocorre que esse princípio vem sendo mutilado pelos órgãos jurisdicionais e já não há mais uma unanimidade sobre os limites de sua incidência.



Assimile

A importância da divisão de funções entre os sujeitos processuais penais e sua relação com a presunção de inocência fica clara ao analisarmos a sua incidência em qualquer caso abstrato ou concreto. Hipoteticamente, se pensamos que o réu é inocente, logo verificamos que a falta de provas produzidas validamente faz com que o juiz absolva o réu diante da inexistência de provas para condená-lo. Assim, se o juiz age em busca de provas, ele deseja algo com essas provas. Se a absolvição não demanda provas, tal diligência somente tem por fim a busca pela condenação, o que joga por terra a própria presunção de inocência e o contraditório. Assim, o juiz que produz provas deixa de ser juiz e passa a ser integrante da acusação (parcializado pela própria iniciativa). Contudo, isso não significa que o juiz não possa interagir com a prova produzida. Eventualmente, ele poderá solicitar o esclarecimento de pontos e dúvidas brotados durante a produção probatória, não podendo apenas inovar no conteúdo ou determinar provas não requeridas pelas partes. Nunca é demais ressaltar a importância de se separar as funções de acusar, julgar e defender. Pois aquele que tem como acusador, o próprio julgador, não terá nenhuma chance de defesa.



Pesquise mais

Não deixe de ler as seguintes obras para compreender a relação do estado de inocência e os sistemas processuais penais:

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. – Capítulo I, Seção 3, p. 40.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório**: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Capítulo 1.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação**

Legislativa. Brasília, ano 46, nº 183, p. 103-115, julho/setembro de 2009. Disponível no link: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 11 maio 2018.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Processo penal no país do futebol:** que o clássico seja jogado em campo e o juiz não atrapalhe o protagonismo dos jogadores. Disponível no link: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/processo-penal-no-pais-do-futebol-que-o-classico-seja-jogado-em-campo-e-o-juiz-nao-atrapalhe-o-protagonismo-dos-jogadores-por-jose-de-assis-santiago-neto>>. Acesso em: 11 maio 2018.

Sobre sistemas e princípios abordamos tudo aquilo que você precisa saber para compreender o nosso processo e a necessidade de substituição imediata do nosso Código. Enquanto esta não vier, contudo, temos que saber interpretar conforme o modelo constitucional impõe a sua força sobre toda a legislação nacional, combinado? É isso, sigamos com os nossos estudos.

Sem medo de errar

A primeira situação-problema que o caso nos trouxe é a conduta do juiz. Rememoremos o caso: José procurou seus serviços de advogado criminalista por estar respondendo a inquérito policial por estupro de vulnerável contra Maria. Nesse caso, José lhe outorgou procuração para que pudesse atuar na defesa de seus interesses e você, munido da procuração foi até ao fórum para analisar o inquérito policial. Contudo, lá chegando, o magistrado, sob o argumento de que o procedimento corria em segredo de justiça (art. 234-B do Código Penal) e que ele deveria assegurar o sigilo das investigações (art. 20 do Código de Processo Penal). Além disso, você já sob a condição de advogado, tomou conhecimento que o juiz estaria atuando ativamente em busca de provas na fase do inquérito. Nesse contexto, a questão inicial a saber é se a conduta do julgador estaria correta.

Não, a conduta é incorreta, o sigilo do inquérito pode existir, mas apenas atingirá terceiros e não o próprio investigado ou seu advogado. Nesse caso, o investigado tem direito de defesa e deve por isso conhecer o conteúdo da investigação para poder exercer amplamente seu direito de defesa. Nesse caso, o juiz violou o direito

ao contraditório e à ampla defesa do indivíduo, violando ainda o direito do advogado de ter acesso aos autos do inquérito policial, conforme previsão expressa do art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil). Além do mais, tal questão viola diretamente a súmula vinculante nº 14 do STF, que afirma “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (BRASIL, 2009).

Nessa fase, também é importante a sua atuação combativa, como advogado, para impedir o desequilíbrio da relação processual, principalmente, no que se refere à fiscalização do sistema acusatório. Nesse sentido, o protagonismo do juiz, em qualquer fase, deve ser visto com reservas, ainda mais para a produção de provas. Apesar do Código de Processo Penal assim permitir, um modelo processual acusatório não é compatível com essa iniciativa atribuída ao magistrado, pelo que há verdadeiro conflito entre a Constituição que assegura o acusatório, a presunção de inocência e a separação das funções de acusar, julgar e defender. Dessa forma, conclui-se que você como advogado de José tem direito de acesso aos autos para fazer a defesa de seu constituinte e o delegado não poderia negar tal direito.

Avançando na prática

Juiz Investigador?

Descrição da situação-problema

Em um processo-crime que tramitava na comarca de Joinville – SC, o juiz da 1ª Vara Criminal, durante o inquérito, se valeu do art. 5º, inc. II do Código de Processo Penal, para determinar a abertura de um Inquérito Policial para averiguar a prática do crime previsto no art. 157 do Código Penal. Nesse contexto, o juiz viola algum princípio processual penal?

Resolução da situação-problema

Nos termos da letra da lei, o art. 5º, II, do Código de Processo Penal permite que um inquérito policial seja iniciado após a

requisição da autoridade policial. Porém, tal dispositivo não pode ser analisado de forma isolada.

Assim, devemos construir o raciocínio partindo da imparcialidade do magistrado. Dessa forma, o juiz ao iniciar a investigação sobre fatos que o próprio poder judiciário irá analisar, tal conduta é típica do sistema inquisitivo e contra ela o acusado encontra-se numa relação processual desequilibrada, eis que permite a magistratura agir como órgão de acusação.

A Constituição brasileira é clara ao separar as atividades de acusar (art. 129), julgar e defender (arts. 133 e 134). Ao permitir o início, passe a atuar em substituição do órgão da acusação e tirando do juiz a imparcialidade com a qual ele deverá julgar o investigado.

Nesse caso, resta violado o princípio da isonomia, eis que o juiz atua de forma a acusar o indivíduo, rompendo a imparcialidade exigida para o cargo.

Trata-se, portanto, de conduta pautada por um cunho mais inquisitorial e incompatível com o paradigma constitucional.

Faça valer a pena

1. O juiz, conforme o art. 156 do Código de Processo Penal poderá produzir provas de ofício. Contudo tal conduta faz com que o juiz sobreponha a hipótese sobre o fato, nesse caso o juiz acaba substituindo a parte acusadora, violando-a e se tornando acusador.

Seguindo esse contexto, ao produzir provas de ofício o juiz viola qual dos princípios abaixo? Assinale a única opção correta.

- a) Princípio da publicidade.
- b) Princípio da oralidade.
- c) Presunção de inocência.
- d) Princípio da razoabilidade.
- e) Princípio do duplo grau de jurisdição.

2. Durante o inquérito policial, a autoridade policial deve assegurar o sigilo das investigações, visando com isso que a investigação tenha sucesso e que não haja vazamentos de informações que impossibilitem a produção dos elementos de prova.

Nesse contexto, o delegado deverá assegurar o sigilo da investigação. A quem o sigilo poderá atingir sem ferir princípios constitucionais?

- a) A todos, inclusive ao advogado que não terá acesso aos autos.
- b) A todos, exceto o investigado e seu advogado que terão acesso a todas as diligências, inclusive àquelas que estejam em andamento.
- c) A todos, exceto o investigado e seu advogado que terão acesso a todas as diligências, já concluídas e não terão acesso àquelas que estejam em andamento.
- d) Não poderá haver sigilo no inquérito policial, sendo de caráter público e todos tendo acesso aos autos em razão do princípio da publicidade, mas podendo consultar apenas as diligências já concluídas.
- e) Não poderá haver sigilo no inquérito policial, sendo de caráter público e todos tendo acesso aos autos, inclusive das diligências concluídas, em razão do princípio da publicidade.

3. O princípio da presunção de inocência é um dos eixos centrais do processo penal democrático. Nesse contexto, deve ser observado durante todo o processo, sendo o acusado presumido inocente até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Recentemente o Supremo Tribunal Federal julgando o Habeas Corpus 126.292 permitiu o início de cumprimento de pena após decisão de segundo grau. A análise do princípio da presunção de inocência nos leva a importantes conclusões que devem guiar o intérprete na aplicação do processo penal.

Indique a alternativa correta referente ao princípio de presunção de inocência.

- a) Permite o uso imoderado de algemas.
- b) Obriga o acusado a participar dos atos processuais.
- c) É uma regra constitucional de caráter absoluto, ou seja, não admite prova em contrário.
- d) É uma regra de prova, determinando que toda prova seja produzida pela acusação.
- e) Impõe à defesa a prova da inocência.

Seção 1.3

Inquérito policial

Diálogo aberto

O inquérito instaurado contra José colocou-o numa situação bastante desconfortável ao se tornar um investigado na área penal. Isso o submeteu a circunstâncias extremamente constrangedoras. Dessa forma, José foi intimado no final do inquérito para que pudesse dar sua versão aos fatos apurados até então. Ele disse ao delegado que sentia muito amor por Maria e que tudo havia acontecido de forma espontânea e natural, tendo Maria anuído com todos os atos.

A autoridade policial também sentiu a necessidade de ouvir a versão de Maria. Em declarações prestadas num estudo que era desenvolvido por uma equipe de psicólogos e de assistentes sociais, Maria também confirmou a notícia-crime apresentada pela mãe, mas esclareceu aos profissionais que a relação mantida com José era consensual. Ela reforçava inúmeras vezes que se tratava de um ato consciente e consentido. Maria disse que se sentia segura com José e ele teria sido respeitoso. A iniciativa de comunicar o fato devia-se exclusivamente à sua mãe, pelo que ela não se achava vítima de qualquer crime.

Após ler as declarações prestadas pela vítima e analisar as provas colhidas nos autos, o delegado resolveu arquivar o inquérito policial, argumentando que a vítima teria discernimento suficiente para decidir o momento certo e a pessoa com quem teria a relação sexual. Essa decisão do delegado foi processualmente correta? O que o delegado poderia fazer caso entendesse que o fato não era criminoso? Quem deverá promover o arquivamento? O juiz é obrigado a aceitar o pedido do órgão incumbido para isso?

José está aliviado com o arquivamento, mas você é o advogado dele e deverá instruí-lo. Primeiramente, você liga para o seu cliente e marca com ele uma reunião que deverá ocorrer em breve. Assim, prepare-se para explicar como funciona essa fase para que seu cliente não seja induzido a erro, combinado?

Não pode faltar

Como vimos, o processo penal é uma garantia do indivíduo contra eventuais abusos e excessos do poder punitivo do Estado. Assim sendo, o inquérito policial não pode ser visto como instrumento de coação do investigado, mas como meio de apuração do fato onde se buscam elementos para a formação da opinião delict do Ministério Público que analisará, ao final desta fase, a existência ou não de indícios suficientes para promover a ação penal ou pedir o arquivamento do IP. Ficou difícil? Vamos dividir cada ponto suscitado superficialmente acima para que você compreenda a natureza jurídica, a finalidade do inquérito, as características principais dessa fase, bem como as formas de instauração e de conclusão. Venha comigo!

Convém primeiramente explorar o conceito do inquérito do qual extrairemos suas principais características, veja só! Trata-se de um:



[...] procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, presidido pela autoridade policial e constituído por um complexo de diligências realizadas pela polícia, no exercício da função judiciária, com vistas à apuração de uma infração penal e à identificação de seus autores. (MOUGENOT, 2009. p. 104)

Diante das restrições impostas pela legislação para o desenvolvimento do exercício do contraditório pleno nesta fase, a doutrina ainda classifica o inquérito como um **procedimento administrativo** presidido pela autoridade policial judiciária (polícia civil ou polícia federal) que deverá apurar em âmbito pré-processual indícios de autoria e provas de materialidade de um fato tido como criminoso.



Pesquise mais

Nesse contexto, o inquérito policial precisa passar por mudanças, sobretudo com o objetivo de adequá-lo às necessidades do Estado Democrático de Direito. Assim, a participação dialética das partes e a adoção do inquérito como elemento de decisão do juiz devem ocupar papel central na revisão do inquérito policial como primeira fase efetivamente de um processo judicial e em conformidade com a Constituição da República.

Além disso, convém reforçar que o inquérito é um **procedimento escrito** por meio do qual a autoridade policial determinará a realização de diligências, colherá oitivas de testemunhas e reunirá outros elementos de informação. Assim, determinam os artigos 9º e 405 do Código de Processo Penal, vejamos!

Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

”

Agora a finalidade do inquérito que também é uma de suas características: trata-se de um ato **preparatório**. A apuração preliminar dos fatos prepara o exercício da ação penal pelo seu respectivo titular (Ministério Público, em regra, ou o ofendido em algumas hipóteses). Com isso, preservam-se os vestígios ou o resultado de suas respectivas análises para que não pereçam com o decurso do tempo. Assim, garante-se a cadeia de custódia da prova sendo que esta tem por escopo justamente permitir que o material averiguado no inquérito seja o mesmo que se submeterá à análise no curso da ação penal.

Atenção! A finalidade do inquérito **é justamente colher um lastro probatório** que justifique a provocação do exercício jurisdicional pelo titular da ação penal, acabamos de dizer isso, certo? Pois então, é exatamente por esse motivo que a doutrina recomenda que não haja atuação judicial de ofício (sem provocação dos órgãos de investigação), nesta fase, já que o resultado dela não se dirige ao magistrado, mas sim ao Ministério Público (ou à vítima em ações penais privadas). Contudo, paradoxalmente, não é isso que a lei processual penal prevê no art. 156, inc. I (BRASIL, 1941). Vamos fazer uma leitura crítica desse dispositivo, confrontando-o com o sistema acusatório (BRASIL, 1941)?

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

”

Também sob aquela característica preparatória, previne-se que uma acusação leviana possa impor transtornos e riscos contra pessoas sobre as quais não pesa qualquer lastro probatório que justifique a condição de formalmente acusado (réu). Em muitos casos, ser imputado por algo do qual não se extrai qualquer responsabilidade já é uma pena por si só. O processo penal estigmatiza o réu e é capaz de gerar restrições à esfera de liberdade do indivíduo que dificilmente serão corrigidos com o tempo. Por isso, a necessidade de se adotarem atitudes no mínimo muito cautelosas com a justiça penal.

E não é só o investigado que se beneficia desse princípio. O próprio Estado deve se cuidar para não despender gastos desnecessários com uma acusação infundada. O processo penal é caro, incisivo, traumatizante, mas imprescindível para impor uma pena. Acima de qualquer clamor popular, a palavra-chave do *jus-puniendi* é a responsabilidade dos seus atores.



Refleta

Consegue imaginar o que significa ser julgado (e socialmente condenado) por um crime que não cometeu? É difícil sentirmos empatia por pessoas acusadas injustamente em um país marcado por impunidades e injustiças como o nosso. Contudo, quando uma investigação nos atinge inesperadamente, percebemos que isso provoca estragos que dificilmente serão reparados posteriormente. Já viram o destaque dado pela imprensa quando um suspeito é preso e o mesmo destaque quando ele é absolvido? É possível comparar a repercussão das duas notícias? Na história da humanidade, o horror sempre nos chama a atenção.

Consequentemente, não tendo o IP (inquérito policial) a intenção de expor desnecessariamente alguém e prevenir uma acusação, sendo esta completamente carente de indícios, você consegue supor uma característica decorrente desses elementos? Sim, o inquérito deve ser **sigiloso (na verdade, publicidade restrita)** tanto para assegurar a elucidação dos fatos, quanto também para preservar a imagem dos envolvidos. Claro que isso não impede que os advogados tenham acesso aos autos, porque tal prerrogativa não decorre do direito de informação, mas de ampla defesa e contraditório (art. 5º, inc. LXII CR/88; Lei nº 8.906/94 art. 7º; Súmula vinculante nº 14).

Por outro lado, o Inquérito Policial é um procedimento dispensável.

Como assim? Quer dizer que podemos simplesmente pular essa etapa? Isso mesmo. Mas como? Veja só, se o inquérito policial, em tese, tem a finalidade apenas de recolher lastro probatório mínimo para instruir a ação penal, logo, se a acusação já dispuser dessa justa causa para acusar formalmente alguém, esse sujeito processual poderá exercer o direito persecutório na fase judicial sem ter passado pelo inquérito. Em outras palavras, o inquérito não é obrigatório, podendo o Ministério Público (ou o ofendido) iniciar a ação penal independentemente de sua existência, bastando que tenha, por outros meios, obtido elementos suficientes para oferecer a denúncia. Isso não significa que seja disponível hein?! Após instaurado o inquérito, a autoridade policial não pode simplesmente arquivá-lo sem o respectivo pedido do ministério público e a consequente manifestação judicial. Em outras palavras, o IP é **indisponível**, ok?

O inquérito também é **discricionário**. O delegado, quem preside esta fase, tem a autonomia para conduzir a investigação da forma que entender que seja necessário para que esse procedimento cumpra com a sua finalidade. Por outro lado, o inquérito está submetido às restrições legais, obviamente, mas também e, principalmente, à reserva jurisdicional quando um ato de investigação puder atingir um direito fundamental do investigado. Nesse sentido, prisões processuais (como: preventiva e temporária) deverão ser determinadas pelo magistrado, assim como busca e apreensões (propriedade) e a quebra de sigilos telefônicos e bancários (intimidade/privacidade). A discricionariedade da autoridade policial se realiza no modo pelo qual ele irá cumprir as tarefas descritas no art. 6º do CPP (BRASIL, 1941) que resultarão em elementos de informação (ou provas do inquérito, ou seja, sem contraditório).



Assimile

É importante ressaltar que no inquérito não se produz prova em sentido técnico, uma vez que somente será prova aquele elemento que passa pelo contraditório. No inquérito o contraditório é mitigado, sendo incorreta a afirmativa de que não haveria contraditório no inquérito policial. Desde a edição da súmula vinculante de nº 14 pelo STF, com a própria alteração do Estatuto da Advocacia, tem-se que as partes (vítima e investigado) poderiam requerer provas que seriam produzidas segundo juízo de conveniência da autoridade policial.



Exemplificando

Durante o inquérito, as partes poderão requerer diligências, como a oitiva de testemunhas, bastando peticionar ao delegado de polícia. Porém, as diligências somente serão realizadas caso a autoridade policial entenda pertinente.



Pesquise mais

Isso não é tudo! Não deixe de ler sobre outras características fundamentais para a compreensão do Inquérito Policial, são estas: oficiosidade, oficialidade e autoridade. (LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. Salvador: Juspodium, 2018)

Vamos falar da instauração do inquérito policial? O art. 5º do CPP (BRASIL, 1988) dispõe que o inquérito será iniciado de ofício pela autoridade policial, mediante requisição judicial, do Ministério Público ou a requerimento do ofendido, bem como de qualquer pessoa que tiver qualidade para representá-lo. O que você achou desse dispositivo? Será que ele é compatível com a ordem constitucional?

Veja bem, pelo paradigma instaurado com a Constituição, tornou-se inviável que, durante a fase inquisitorial, o juiz requirite a instauração de Inquérito Policial (assim como seria para produzir prova de ofício). A justificativa é a mesma, qual seja: o sistema acusatório impõe divisão de tarefas entre os sujeitos não sendo atribuição do magistrado tomar iniciativa inerente à atividade persecutória. Como resolver esse conflito entre os dispositivos previstos em lei e na Constituição?

Segundo Eugênio Pacelli (2017, p. 61) deve-se interpretar essa norma de acordo com a Constituição atual que, assim segundo o autor, preconiza:



O art. 5º, II, do CPP autoriza o próprio juiz a *requer*itar inquérito policial. A nosso aviso, contudo, semelhante dispositivo somente tem pertinência com a ordem jurídica anterior à Constituição Federal, na qual se permitia aos magistrados até a *iniciativa* da ação penal (conforme o revogado art. 531, CPP) nos casos de homicídio e de lesões corporais *culposos*. Hoje, com a afirmação da *privatividade* da ação penal pública para o Ministério Público, pensamos

ser absolutamente inadmissível a requisição de inquérito policial pela autoridade judiciária. Tendo chegado ao seu conhecimento a possível existência de fato delituoso, o juiz deve encaminhar as peças ao órgão do Ministério Público, tal como se encontra disposto no art. 40 do CPP.

Só eles poderão pedir a abertura do IP? Na verdade, não. Claro que não podemos nos esquecer que qualquer do povo também poderá informar à autoridade policial acerca de um cometimento de crime sobre o qual tenha ciência. Isso se faz normalmente por meio de uma notícia-crime que em regra é apresentada através de Boletins de Ocorrência lavrados pela polícia, embora também possam ser apresentadas de outra forma, como por petição.



Assimile

Caro aluno, agora você sabe que vítimas não denunciam um suspeito às autoridades para investigá-lo. Para melhor compreensão entre os operadores é imprescindível que não renunciemos à boa técnica jurídica com a utilização do vocabulário adequado. Ok?



Atenção

Resumindo há ao menos cinco formas de se pedir a instauração do Inquérito Policial, vamos a eles: de ofício pela autoridade policial, requerimento do Ministério Público, requerimento da vítima, notícia-crime oferecida por qualquer do povo e pelo Auto de Prisão em Flagrante.

Superada essa não receptividade parcial do art. 5º pela Constituição e através de quem se inicia o IP, é necessário ressaltar que a requisição de abertura do inquérito deverá preencher, se possível, as seguintes condições abaixo destacadas (BRASIL, 1941):

- Narração dos fatos;
- Individualização do suspeito ou sinais que possam identificá-lo;
- Indicação de testemunhas, identificando o local onde residem e profissão.

Quanto ao **indiciamento** não há um momento determinado em lei, contudo, seu papel é importante, pois a partir do momento que o sujeito for indiciado decorrem uma série de direitos que visam protegê-lo contra eventuais abusos do Estado, como direito ao silêncio e não autoincriminação. No que consiste esse indiciamento? A própria lei nos responde, veja:



Art. 2º, § 6º: O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Assim, o delegado colhe as declarações do suspeito, ouve as testemunhas, junta elementos de informação (“provas”) como vestígios e exames, indicia o suspeito (se for o caso), enfim, deixa tudo isso devidamente documentado e reduzido a termo (procedimento escrito). Acabou o trabalho? Ainda não, resta à mesma autoridade redigir um relatório em que ele indicará ao Ministério Público (titular da ação penal pública) o resultado da investigação. Assim é o que afirma o art. 10 § 1º da Lei nº 12.830 (BRASIL, 2013):



§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

Neste ato o delegado poderá sugerir o arquivamento do inquérito por ausência de autoria, atipicidade da conduta, falta de provas do crime ou, é claro, concluir pela prática do crime com os indícios de autoria.

Na legislação processual penal em vigor, o delegado deverá concluir o inquérito com o respectivo relatório **dentro de um prazo estipulado**. Pelo Código de Processo Penal, a conclusão do inquérito deve ocorrer em 10 dias para o suspeito/indiciado preso e em 20 dias (contados da instauração) para investigados soltos.



Pesquise mais

Outras leis penais extravagantes preveem prazos distintos para a conclusão. Crimes de competência da justiça federal, o prazo é de 15

dias podendo ser prorrogável por igual período. Na lei de crime hediondo o prazo é de 30 dias também prorrogável por igual período. Pesquise mais para os crimes de tráfico de drogas, Lei nº 11.343, crimes militares (Código de Processo Militar) e crimes contra a economia popular.

Recebidos os autos do juiz, o Ministério Público terá três opções: oferecer a denúncia contra o suspeito (ou indiciado); promover o arquivamento do inquérito (o Ministério Público pede arquivamento ao juiz que poderá deferir ou indeferir o pedido) ou mesmo o MP poderá requisitar novas diligências. Isso tudo conforme o art. 16 do CPP, vamos ver?

Art. 16. Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (BRASIL, 1941).

Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público: (...)

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. (BRASIL, 1988)



Pesquise mais

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 18. edição. São Paulo: Saraiva, 2018. Capítulo IV (p. 119-186).

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Um ensaio para uma proposta (inicial) de novo inquérito policial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/academia-policia-proposta-inquerito-policial>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

Já estamos chegando ao fim. Não perca o foco! Se o inquérito não é uma fase processual, mas um procedimento administrativo, logo estaria sujeito a todos os princípios processuais? Para nosso entendimento sim, porque dentro do inquérito pode haver restrições de direitos fundamentais determinadas pelo julgador quando provocado a realizar provas ou prisões. Contudo, pela

visão majoritária da doutrina, quase pacífica, o IP não está sujeito às mesmas formalidades do processo, tanto que eventual vício oriundo dessa fase não contaminará as fases subsequentes. Esta última posição é o que a jurisprudência vem afirmando reiteradamente, veja aqui um exemplo:



[...] Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução probatória própria. Decisão fundada em outras provas constantes dos autos, e não somente na prova que se alega obtida por meio ilícito. (STF, 2ª Turma, HC 85.286, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 29/11/2005, DJ 24/03/2006)

Atenção provas ilícitas deverão ser desentranhadas não como exceção a esse entendimento, mas porque assim a Constituição determina. Perfeito?

Aluno, com isso é possível você compreender os principais pontos de um modelo inquisitório já não mais compatível com o paradigma inaugurado (não tão recentemente) pelo legislador constitucional. Na próxima seção abordaremos ação, competência e jurisdição.

Sem medo de errar

José está aliviado porque nada aconteceu contra ele. Ficou sabendo que o Inquérito Policial tinha sido arquivado pelo delegado que se convenceu que tal fato não precisaria ser resolvido pela justiça penal. Ocorre que você é advogado de José e não poderá iludi-lo quanto ao fim dessa investigação. Assim, você marca uma reunião com ele a fim de esclarecer se o procedimento adotado pelo delegado está correto e se assim deverá permanecer. Lembre-se de que a autoridade policial concluiu que a vítima tinha discernimento e teria dado anuência para a prática da relação sexual, pelo que não havia necessidade de insistir com a investigação. Nesse sentido, ele mesmo procedeu ao arquivamento dos autos.

Para auxiliar o seu cliente, prepare-se para essa reunião, respondendo a essas perguntas: o arquivamento do inquérito pelo delegado foi processual e uma medida correta? Quem deverá promover o arquivamento? O juiz é obrigado a aceitar o pedido do

órgão incumbido para isso?

Após ouvir a vítima e analisar as provas (elementos de informação) reunidas nos autos, o delegado resolveu arquivar o Inquérito Policial, argumentando que a vítima teria discernimento suficiente para decidir o momento e a pessoa com que teria a relação sexual. Essa decisão do delegado foi correta? O que o delegado poderia fazer caso entendesse que o fato não era criminoso? O juiz é obrigado a aceitar o pedido do órgão incumbido para isso?

Vamos à resposta?

Sob a condição de advogado, você deve orientar seu cliente no sentido de que o inquérito policial é regido por alguns princípios, dentre os quais o da indisponibilidade que impede à autoridade policial promover o arquivamento do inquérito após este ter sido instaurado. Na verdade, o procedimento adequado previsto em lei indica que o delegado deverá redigir um relatório sugerindo ao titular da ação penal o arquivamento ou a denúncia. O órgão ministerial não estará vinculado ao relatório policial, mas este sim, o Ministério Público, apresentará o pedido de arquivamento (ou a denúncia) se assim entender ao juiz competente. Assim que receber os autos, o juiz analisará a manifestação ministerial. O juiz pode deferir ou indeferir o pedido de arquivamento. No segundo caso, ele encaminhará (sendo da competência da justiça estadual) os autos para o Procurador de Justiça que manifestará por último sobre o arquivamento. Entendendo que se trata de arquivar, o poder judiciário não poderá alterar esse entendimento. Contrariamente, se o Procurador entender que é o caso de denunciar o investigado, ele deverá oferecer a denúncia ou designar um promotor para tanto.

Avançando na prática

Participação dos sujeitos no inquérito policial

Descrição da situação-problema

Agora é o momento de ajudar Josias a se defender. Ele está sendo acusado de praticar um crime de roubo com emprego de arma de fogo. O delegado o intimou para comparecer na delegacia onde ele deveria prestar alguns esclarecimentos. Assim que iniciou a

oitiva o delegado alertou que Josias seria ouvido sob a condição de investigado. Josias foi acompanhado de seu advogado que ficou com uma dúvida ao ler os autos. A arma do roubo tinha sido apreendida, mas nela não foi feito o exame para identificar marcas de impressão digital (papiloscopia). Nesse caso estudado, poderia o advogado requerer a realização de diligências? Caso o delegado recuse a realizar as diligências, poderia a defesa impugnar sua decisão?

Resolução da situação-problema

Nos termos do art. 14 do Código de Processo Penal, ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, assim, a defesa poderá peticionar nos autos do inquérito requerendo diligências. No caso dado, Josias por meios de seu defensor poderia requerer a papiloscopia.

Tal pedido decorre da garantia constitucional da ampla defesa e visa possibilitar que as partes possam ter condições, ainda que restritas, de participar do inquérito.

Por fim, caso a autoridade policial negue a realização das diligências poderia o investigado utilizar de habeas corpus ou de mandado de segurança em matéria criminal, caso as diligências sejam urgentes e não puderem aguardar sua realização em momento futuro durante a fase judiciária.

Faça valer a pena

1. Sabe-se que o Inquérito Policial possui um rito que, embora não seja tão rigoroso como no processo, deve ser precavido com etapas bem divididas entre a autoridade policial, o juiz e o Ministério Público, principalmente. Nesse sentido, ao final do inquérito policial, também é sabido que o delegado de polícia poderá concluir pela inexistência de crime, nesse cenário o inquérito poderá ser arquivado.

Assinale a alternativa que representa a autoridade competente para arquivar os autos do inquérito policial:

- a) Autoridade Policial
- b) Ministério Público
- c) Juiz de Direito
- d) Ministério Público ou autoridade policial
- e) Ministério Público e Juiz de Direito

2. O inquérito policial tem por objetivo a formação da *opinio delict* do Ministério Público, eis que é este o órgão titular da ação penal pública e é ele que deverá se convencer sobre os elementos de informação colhidos, manifestando nesse sentido seja através da denúncia, seja por meio do pedido de arquivamento dos autos.

Assinale a alternativa que represente os objetivos do Inquérito Policial:

- a) Verificar indícios de autoria e prova da existência do crime.
- b) Verificar prova da autoria e indícios da existência do crime.
- c) Verificar indícios de autoria e indícios da existência do crime.
- d) Verificar prova da autoria e prova da existência do crime.
- e) Apurar a verdade real dos fatos.

3. Sabe-se que o inquérito policial é provido com alguns princípios que regulam esse procedimento administrativo. Além de ser escrito, dispensável, indisponível, o inquérito policial tem como um de seus princípios o sigilo. Essa norma visa impedir que seus atos provoquem uma exposição desnecessária à imagem daqueles sobre quem ainda não há provas suficientes para submetê-los ao processo penal.

Nesse contexto, assinale a alternativa correta sobre o sigilo do inquérito policial:

- a) Atinge a todos aqueles que não estão envolvidos na investigação, inclusive o advogado do investigado.
- b) Não atinge o advogado do investigado, podendo ele ter acesso aos autos inclusive das diligências em andamento.
- c) Apenas o delegado poderá ter acesso aos autos do inquérito.
- d) Não atinge o advogado do investigado, porém ele não poderá ter acesso às diligências em andamento.
- e) No processo penal brasileiro os autos do inquérito servirão apenas ao Ministério Público, sendo excluídos após o oferecimento da denúncia.

Referências

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **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: 11 maio 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: 11 maio 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: 11 maio 2018.

_____. **Lei no 8.072**. Promulgada em 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 8 jun. 2018.

_____. **Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil**. Promulgado em 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 11 maio 2018.

_____. **Súmula Vinculante 14**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 11 maio 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 253-262.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, nº 183, p. 103-115, julho/setembro de 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 11 maio 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Col. **Saberes Críticos - Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** São Paulo: Saraiva, 2014.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. Salvador: Juspodium, 2018.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Capítulo IV (p. 119-186).

MACHADO, Leonardo Marcondes. Um ensaio para uma proposta (inicial) de novo inquérito policial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/academia->

policia-proposta-inquerito-policial>. Acesso em: 8 jun. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 13. ed., 2. tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodium, 2017.

SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado **Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório**: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Processo penal no país do futebol**: que o clássico seja jogado em campo e o juiz não atrapalhe o protagonismo dos jogadores. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/processo-penal-no-pais-do-futebol-que-o-classico-seja-jogado-em-campo-e-o-juiz-nao-atrapalhe-o-protagonismo-dos-jogadores-por-jose-de-assis-santiago-neto>>. Acesso em 11 maio 2018.

Ação penal, jurisdição e competência

Convite ao estudo

No estudo da disciplina de Processo Penal é mister examinarmos com atenção pontos fundamentais como a ação penal, suas espécies e suas principais características, bem como a jurisdição estatal e os critérios para a definição de competência. Mas não se preocupe, aluno, é justamente isso que estudaremos na presente Unidade 2.

Para lhe auxiliarmos nessa caminhada pelo conhecimento, temos a situação fictícia de Jorge, um engenheiro que sempre conciliou a sua atividade principal com o seu hobby e verdadeira paixão: escrever. Há muito tempo ele vinha escrevendo alguns livros, tendo até publicado alguns contos por editoras pequenas, com vendas mediocres. Nunca quis ganhar dinheiro com isso, mas sempre mantinha a atividade, da qual gostava tanto. Vivia, assim, uma vida relativamente feliz, com sua esposa e seu filho que acabara de completar 18 anos, chamado Jorginho. Depois de uma crise enorme no setor da engenharia, Jorge acaba perdendo seu emprego, e resolve dedicar-se realmente à sua paixão, e escreve um longo romance, que classifica como sua obra-prima. Não tendo conseguido outro emprego, resolve ir atrás de editoras que poderiam se interessar pela sua obra. Viaja por várias cidades do Brasil, e recebe o 'não' de várias editoras. Seu desespero já começava a aparecer, e a situação se agravou quando veio a sofrer um assalto a mão armada em São Paulo, ocasião em que teve seu notebook roubado. Por sorte, tinha uma cópia da sua obra. Finalmente, após alguns meses, uma editora de Belo Horizonte (MG) acaba aceitando publicar seu livro, ainda que em uma tiragem limitada, o que fez reviver em Jorge

a esperança de realizar seu sonho de se tornar um autor conhecido. Jorge agora precisa de um advogado, para cuidar de seus interesses, e procura você para que possa orientá-lo com suas dúvidas e com eventuais providências jurídicas. Será que na esfera penal a vítima de crimes pode efetivamente participar de alguma forma da relação processual? Como? Estas e outras dúvidas serão todas esclarecidas neste material. Vamos em frente!

Seção 2.1

Da ação penal

Diálogo aberto

Tudo pronto para mais uma imersão ao conhecimento? Para tanto, vamos nos preparar para fazer bons estudos e, com isso, termos mais condições para o oferecimento de um serviço jurídico de qualidade independentemente da área que atuamos. Nesta primeira seção vamos esclarecer alguns aspectos relacionados às espécies de ação penal. Para facilitar a compreensão da matéria vamos retomar o caso de Jorge. Ele estava feliz por ter conseguido uma editora, porém sua felicidade dura pouco tempo: seu filho Jorginho, ao viajar para São Paulo, se depara com os romances escritos pelo pai sendo vendidos em uma livraria no centro da cidade, o que obviamente ocorreu sem sua autorização. Jorginho compra um e leva-o ao pai, que fica revoltado e frustrado com a situação. Isso porque, trata-se exatamente da mesma versão que se encontrava naquele computador roubado em São Paulo, e a publicação levava o nome da Editora Plagiar, que pertence ao sr. João Plagiador, e sua esposa, Maria, pessoas que receberam Jorge em agosto de 2017. Logo, Jorge se lembrou que os dois editores lhe trataram extremamente mal ao recusarem a publicação de seu livro. Jorge, então, procura você para ajudá-lo a tomar providências, levantando ideias sobre as condições necessárias para propor uma ação penal. Quais medidas devem ser adotadas? Quem seria titular do direito de postular em juízo um pedido de condenação? Você, como advogado de Jorge, o que faria para proteger seus direitos no âmbito penal?

Não pode faltar

Caro aluno, é importante que você saiba que a ciência jurídica processual é um modelo dialético através do qual duas partes equidistantes do julgador, terceiro imparcial, promoverão uma disputa argumentativa em que cada uma tentará comprovar

e convencer o magistrado sobre as suas versões dos fatos e interpretações do direito.

Contudo, para que tudo isso se inicie é necessário que alguém provoque o poder judiciário, já que, em tese, sendo o nosso sistema acusatório, o juiz só deve agir quando for provocado. E mais do que isso, a defesa só poderá reagir caso tenha sido anteriormente acusada formalmente do algo. Ora, se não é o juiz quem inicia o processo e tampouco a defesa, restou-se apenas um dos sujeitos processuais que é a acusação.

Aqui devemos ter muito cuidado ao utilizarmos o termo acusador, porque este vai englobar tanto o órgão ministerial quanto o próprio ofendido por ocasião de determinados processos em que este último será o titular da ação penal.

Dito isto, vamos seguir com as nossas lições. A ação penal é a forma pela qual o Estado será provocado por meio da sua jurisdição para a aplicação da lei penal contra aquele que teria cometido um fato definido como crime. Em outras palavras, de acordo com Aury Lopes Jr., trata-se de um:



[...] poder político constitucional de acudir aos tribunais para formular a pretensão acusatória. É um direito (potestativo) constitucionalmente assegurado de invocar e postular a satisfação da pretensão acusatória. (LOPES Jr., 2017, pp 187-188)

Existem basicamente duas formas de exteriorizarmos esse direito: ação penal pública e ação penal privada. O elemento que as diferencia é a definição feita pela própria lei acerca do titular dessas duas espécies. Isso porque, quando o legislador tipifica uma conduta como sendo criminosa ele próprio designa como que tal ação será iniciada. Isso é o que consta no Código Penal brasileiro, vamos ver?



Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do

ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Percebeu um detalhe importante do dispositivo acima? Quando o legislador se omitir dessa informação, vamos supor nos casos de homicídio, roubo, corrupção e em tantos outros, aí devemos deduzir que tal crime é definido como de ação penal pública incondicionada. E por quê? Simples, sendo esta espécie de ação a regra do nosso sistema, não há necessidade de ser anunciada a cada crime individualmente. Por outro lado, sendo tanto condicionada à representação ou sendo ação penal privada, deve-se em ambos os casos serem acompanhada por um dispositivo legal que as classificaria desse modo. Quer um exemplo? Veja só este extraído do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940):

Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Art. 225 - Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

O primeiro artigo refere-se aos crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação) que são procedidos por meio de ação penal privada. Já o segundo exemplo diz respeito aos delitos contra a liberdade sexual, cujo início do processo (e das investigações) depende de uma representação oferecida pela vítima (ação penal pública condicionada).



Portanto há duas formas de se exercer a ação penal. Já dissemos sobre elas, mas as evidenciamos aqui. A denúncia é a peça correspondente à ação penal pública enquanto a queixa-crime é a peça inaugural da ação penal privada. Não devemos tratá-las como diferentes somente por terem sido denominadas diferentemente. Seus requisitos são igualmente distintos conforme veremos no final desta mesma seção.

Ação Penal Pública

Não apenas o Código Penal preceitua, mas a própria Constituição garante, no inciso I do art. 129 (BRASIL, 1988) que a titularidade da ação penal pública é do Ministério Público. Por conseguinte, cabe a este órgão provocar, por meio da denúncia, o juiz competente e pedir a condenação do denunciado pelos fatos narrados na própria peça inaugural.

Contudo, conforme art. 100 do Código Penal (BRASIL, 1940), já citado anteriormente, e o art. 24 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) a ação penal pública subdivide-se em duas espécies:

- Ação Penal Pública Incondicionada, e
- Ação Penal Pública Condicionada à Representação ou à Requisição.

Em ambos os casos acima, o titular da ação continua sendo o órgão ministerial. Por outro lado, quando o exercício da ação estiver condicionado à representação ou requisição, isso significa que a lei exige uma condição de procedibilidade inclusive para se instaurar o inquérito. Nesse sentido, o ofendido/representante legal (no caso da representação) ou o ministro da justiça (requisição – crimes praticados contra o presidente da República) deverão informar a autoridade policial ou ao representante do Ministério Público para que o Estado inicie uma perseguição penal.

Neste caso, o ofendido terá um prazo decadencial de 6 meses, contados desde o conhecimento da autoria do crime, para provocar o juiz/MP/autoridade policial, conforme dispõe o art. 38 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.



Mas, lembre-se! O legislador deve também prever na própria lei penal que, somente se iniciam os atos investigatórios na ação penal pública condicionada com a juntada da representação. Importante ressaltar que a jurisprudência já se encontra pacificada no sentido de não exigir qualquer formalidade para a representação.

Ação Penal Privada

Esta é uma ação que depende da iniciativa da vítima. Ela poderá distribuir a queixa-crime com um mínimo de lastro probatório ou requerer uma investigação por meio de uma notícia-crime lavrada perante a autoridade policial (ou ao MP), finda a qual o ofendido avaliará a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade para oferecer a queixa. O prazo para o oferecimento da queixa são 6 meses, tempo este contado também do dia em que o ofendido vier a saber a identidade do autor do crime.

Um detalhe importante que deve ser observado por ocasião do oferecimento da queixa-crime é, segundo o art. 44 do CPP (BRASIL, 1941), a necessidade de procuração com poderes especiais, na qual devem constar o nome do querelante, menção ao fato criminoso (a menos que determinadas informações dependam da instrução em juízo).

Quando falamos em ação penal privada, dois assuntos devem ser examinados: a perempção e a renúncia.

A renúncia é uma hipótese de extinção da punibilidade, consoante ao artigo 107, inciso V, do Código Penal, pois ela se configura no ato unilateral do ofendido de desistir do direito de propor a ação penal.

Por se tratar de um direito, a renúncia só poderá ser exercida pelo titular do direito de queixa (ou representante legal), por isso, só sendo possível nas ações penais privadas, e só poderá ocorrer antes da instauração da referida ação penal. Ela pode ser expressa, com “declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal

ou procurador com poderes especiais” (art. 50, CPP), ou tácita, de acordo com o previsto no art. 104 do CP:



Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime (BRASIL, 1940).

Contudo, se o ofendido for menor de 18 anos, poderá seu representante legal renunciar ao direito de queixa, mas se houver divergência entre a vontade de ambos, poderá ser nomeado um curador especial, segundo o art. 33 do CPP:



Art. 33. Se o ofendido for menor de 18 (dezoito) anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.

Ressalta-se que com a vigência do Código Civil de 2002, a maioria civil é adquirida aos 18 anos, logo, o disposto no art. 34 do CPP, que trata do “menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito)”, não há de prevalecer, pois ele já é considerado como o titular do direito de queixa, não necessitando de representante legal para exercê-lo em seu lugar. Desta forma, se considera revogado o parágrafo único do art. 50, do CPP, que previa uma “legitimidade concorrente” entre o menor de 21 anos e maior de 18 (LOPES, Jr., 2017).

Por fim, o art. 49 do CPP, é claro ao dispor que a “renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá” (BRASIL, 1941).

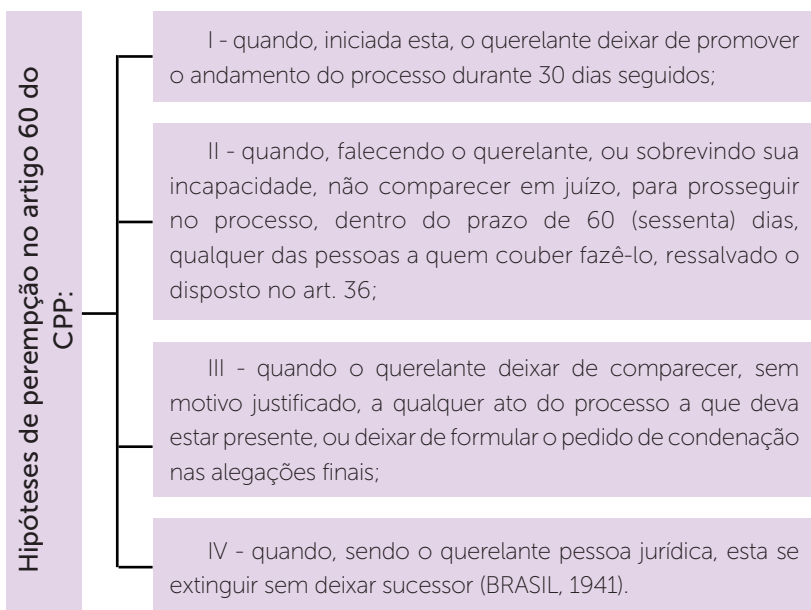
Após o exame da renúncia, é mister analisarmos a perempção. Mas, o que ela significa?

Aluno, a perempção, por sua vez, é a perda do direito de continuar a ação penal privada em razão da inércia do ofendido em praticar os atos necessários ao seu prosseguimento, é a sua negligência ou omissão.

Assim como a renúncia, a perempção também é uma modalidade de extinção da punibilidade, como previsto no artigo 107, inciso IV, do CP. Ela tem natureza sancionatória e só ocorre após o início da ação.

As hipóteses de perempção estão inseridas no artigo 60 do CPP, vejamos na Figura 2.1:

Figura 2.1 | As hipóteses de perempção no CPP



Fonte: elaborada pela autora.

Por fim, não podemos nos esquecer do perdão do ofendido, que também é outra hipótese de extinção da punibilidade, consoante art. 107, incisos V e IX, do CPP:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

- I. pela morte do agente;
- II. pela anistia, graça ou indulto;
- III. pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV. pela prescrição, decadência ou perempção;
- V. pela renúncia do direito de queixa ou **pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;**

- VI. pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- IX. pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei (BRASIL, 1941)

Ao contrário da renúncia, que é um ato unilateral, o perdão é bilateral, precisando, por isso, da aceitação do réu para se materializar. E também só pode ocorrer após o início da ação penal e, em caso de concurso de agentes, se for concedido a um dos acusados, aproveita a todos, a não ser em relação daquele que o recusar (art. 51 do CPP).

O perdão pode ser tácito, quando a prática de determinadas condutas se mostre incompatível com o desejo de prosseguir a ação penal (art. 106, § 1, CP), ou expresso, mediante declaração nos autos, porém, de acordo com o art. 58 do CPP, o querelante deverá, no prazo de três dias, se manifestar quanto a aceitação ou não do perdão, sendo cientificado de que o silêncio importa aceitação.

Se a aceitação do perdão ocorrer fora dos autos, deverá constar em si, declaração de tal fato, “assinada pelo querelado, representante legal ou procurador com poderes especiais” (art. 59, CPP).



Reflita

Por que será que existem crimes que o legislador prefere atribuir à vítima ou seus representantes a condição de procedibilidade (representação) ou a titularidade (ação penal privada) para que o Estado exerça ou não o direito de punir?

Ação penal privada subsidiária da pública

Esta espécie de ação é muito simples se for compreendida após todas as demais. A ação penal privada subsidiária da pública ocorre quando há inércia do Ministério Público e, por isso, em uma situação de excepcionalidade, poderá ser exercida pelo ofendido. Ela tem prazo decadencial de 6 meses para a sua propositura, contado da data de encerramento do prazo para oferecimento da denúncia. Esse tipo excepcional de ação privada está prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIX, bem como nos art. 29 e 100 do CPP.

Art. 29. *Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal (BRASIL, 1941, grifo nosso). Todavia, é importante ressaltar que ela só se materializa em caso de inércia do MP, e, mesmo após a iniciativa do ofendido, ela continuará sendo uma ação penal pública, por se tratar de uma “legitimidade extraordinária”, não podendo se falar em perempção ou perdão. (LOPES JR., 2017)*

Condições da Ação Penal

Mas pense numa coisa! Tratando-se de um direito, você considera que este pode ser exercido sem critério? Isto é, será que existem limites ou não? O titular pode provocar o juiz da forma que lhe convier? Definitivamente, não! Vivemos em um Estado Democrático de Direito do qual a todo direito corresponde um dever. No caso da ação penal o seu respectivo titular terá que obedecer algumas condições imprescindíveis para a dedução da pretensão acusatória em juízo. No processo penal existem ao menos quatro. Olha só!

- Legitimidade:
 - ☐ *Ad causam*: esta condição é aquela que designa o sujeito que deverá promover a ação penal. Na ação penal pública a legitimidade é do Ministério Público, art. 129, inciso I da Constituição (BRASIL, 1988). Já a ação penal privada é de iniciativa do próprio ofendido/representantes legais, conforme consta no art. 30 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).
 - ☐ Passiva: é aquele responsável ou tido como autor do fato criminoso. Pelo ordenamento jurídico vigente, o acusado deve ter pelo menor 18 anos completos na data dos fatos. E o menor de 18 anos, o que acontece se ele cometer um crime? Na verdade, esses inimputáveis podem praticar apenas fatos análogos a crimes, pelo que ficarão sujeitos a medidas socioeducativas.

- Interesse: no processo penal, o interesse é inerente àquele que tem legitimidade para agir, eis que a utilidade e a necessidade da intervenção judicial são imprescindíveis para a própria aplicação da pena. Assim, não há pena sem a intervenção jurisdicional. Nesse sentido, presume-se o interesse de agir, pois uma pessoa só poderá ser punida se tiver sido regularmente processada e condenada pelo juízo criminal.



Assimile

Lembra-se que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal são indisponíveis? Pois então, a restrição não poderá ser imposta por outra via senão através da jurisdição. Mais do que isso, sociologicamente. Michel Foucault (2015) explica sociologicamente que as ações penais assumiram a natureza pública, em sua maioria, depois que o Estado passou a entender que tais condutas criminosas se configurariam mais lesivas ao interesse geral materializado pelo pacto social do que pela vítima atingida.

- Possibilidade jurídica do pedido: o Código de Processo Civil excluiu expressamente a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, eis que tal exame demandaria uma análise do mérito, o que seria inviável no início do próprio processo de conhecimento (que serve para esse fim). Por outro lado, no processo penal a doutrina tem adotado o entendimento pacífico de que tal elemento ainda subsiste nesta seara, eis que o ordenamento teria assim disposto expressamente: “não há crime sem lei anterior que o defina, e nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1988, art. 5º). Nesse sentido, o pedido de condenação deve estar consubstanciado previa e expressamente em lei penal que assim define a conduta como criminosa, bem como a sua respectiva pena.
- Justa causa: essa condição também representa um limite ao exercício do direito persecutório para que acusações não sejam apresentadas em juízo de forma leviana ou superficial. Isso porque o direito penal é sustentado pelo princípio da intervenção mínima e só pode ser usado quando existe um mínimo de rastro probatório que justifique a provocação da justiça penal. Assim, não é cabível acusar alguém para tentar

iniciar uma suspeita. Muito pelo contrário, após se descobrir algo (o autor e elementos que demonstram o fato) pode-se utilizar a pretensão acusatória para iniciar um processo nos termos da lei e, depois de devidamente processado, se for o caso, lograr a condenação.



Pesquise mais

Agora um tema que vale uma pesquisa. Está preparado? Vamos lá! Suponhamos que, ao deduzir a pretensão acusatória contra o agressor o Ministério Público realize uma projeção rápida e descubra que, caso o denunciado venha a ser condenado, a pena em concreto a ser fixada contra ele estará prescrita. Será que o MP teria interesse de agir sobre algo inútil (já que a pena não será atingida)? Para saber mais leia a Súmula 438 do STJ (BRASIL, 2010).

E avancemos! E se o titular da ação não respeitar uma dessas condições? Será que fica assim mesmo ou haverá algum tipo de consequência jurídica? Sim, afinal uma norma sem consequência não é norma, mas sim um conselho, não é verdade? A consequência pelo desrespeito a essas condições está prevista no art. 395, inciso II do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

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

- I - for manifestamente inepta;**
- II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou**
- III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.**



Com isso, o juiz deverá analisar todas as condições da ação antes de receber e dar andamento à acusação formal. Ausente a legitimidade ou o interesse, ou a possibilidade jurídica do pedido ou justa causa, a peça inaugural deverá ser rejeitada nos termos do dispositivo acima.

Princípios da Ação Penal

Além das condições acima destacadas, existem também princípios que disciplinam o exercício do direito persecutório. Aqui a diferença entre a ação pública e a privada se evidencia para além dos seus respectivos

titulares. Primeiramente abordaremos os princípios em comum. Depois avançaremos sobre os princípios da ação penal pública, justamente por ser a regra do nosso sistema. Em seguida concluiremos com os princípios da ação privada, ok? Vamos a eles!

Princípios Comuns

- a) Segundo Renato Brasileiro Lima (2015) o princípio comum às duas ações e uma das principais expressões do sistema acusatório é aquele resumido pelo brocardo: *ne procedat lude ex officio* (Princípio da Inércia Jurisdicional). Assim, não se permite (pelo menos em tese) a iniciativa do julgador para abrir inquérito ou começar uma ação penal. E o que dizer do art. 26 do CPP (BRASIL, 1941)?



Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.

De acordo com Lima (2017) é claramente um dispositivo incompatível pela ordem constitucional, pelo que não foi recepcionado após a promulgação da Carta Magna.

- b) Princípio do *ne bis in idem*: conforme se extrai desse princípio, ninguém pode ser acusado duas vezes pelos mesmos fatos. Para configurar então a identidade de acusações deve-se observar a presença de dois elementos: identidade de fato e autor.
- c) Intranscendência: Por este princípio, como não poderia deixar de ser mais lógico, a ação penal não pode atingir pessoas senão aquelas que estejam efetivamente envolvidas com a prática delitiva. Isso inclui os autores e partícipes. Parentes não podem ser acusados ou condenados pela prática de crimes de seus ascendentes ou descendentes.

Princípios da Ação Pública

- a) Oficialidade: por este princípio somente órgãos oficiais poderão exercer o dever de agir. Assim, o Ministério

Público não poderá terceirizar essa função destinada constitucionalmente a este órgão nem tampouco perderá sua titularidade devido a qualquer circunstância do caso.

- b) **Obrigatoriedade:** conforme foi dito, o Ministério Público tem interesse de agir ainda que o promotor esteja subjetivamente desinteressado no resultado final da ação. Isso porque, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade (*fumus comissi delicti*) o órgão de acusação é obrigado a oferecer a Denúncia contra o delinquente. E mais do que isso. O mesmo órgão também deve pedir o arquivamento do inquérito se não houver elementos suficientes ou mais sério ainda provas de inocência do acusado. Isso porque o MP não foi criado para acusar, mas para promover a acusação quando houver convicção sobre a prática de crime.
- c) **Indivisibilidade:** de acordo com a doutrina (e aqui uma grande advertência a essa fonte), antes de propor a ação penal o Ministério Público deve ter o cuidado de reunir todas as informações referentes aos supostos autores e sinais ou provas dos crimes. Nesse sentido, o MP não poderia oferecer denúncias segmentadas. Contudo, segundo o STF e o STJ admite-se a relativização desse princípio para que as operações contra vários suspeitos continuem colhendo provas contra coautores enquanto outros já estão sendo processados ou condenados.
- d) **Indisponibilidade:** após apresentar em juízo a acusação formal contra os réus, não cabe mais ao Ministério Público desistir do trâmite da ação por ausência de interesse, por exemplo. A ação seguirá ainda que o órgão se convença da inocência do acusado. Nesse sentido, procede-se a instrução e, após a oitiva de todos os envolvidos, o Ministério Público deverá requisitar (se assim estiver convencido) a absolvição. Veja, isso não é desistir da ação, mas pelo princípio da obrigatoriedade pedir a absolvição de um inocente.

Princípios da Ação Privada

- a) **Oportunidade e Conveniência:** este é o princípio que justifica a existência da ação penal privada. O legislador considera importante proteger um bem jurídico na esfera

penal, mas paralelamente deve-se resguardar igualmente a vontade do ofendido em processar o seu agressor a partir da conveniência e oportunidade avaliadas por ele.



Exemplificando

Em determinados crimes contra a honra, é possível que a repercussão provocada socialmente pelo processo penal seja mais gravosa à vítima do que o próprio crime. Assim, em determinadas circunstâncias, é preferível a inércia ou o silêncio do titular da ação penal para que os danos não se tornem ainda mais potencializados. Por exemplo, uma pessoa que é chamada de garota de programa por uma colega de trabalho, num ambiente com pouca propagação, pode ser assim conhecida por mais pessoas caso seja solucionado pela via jurisdicional. A vítima deve analisar a conveniência e oportunidade para provocar a jurisdição.

- b) Disponibilidade: ao contrário da ação penal pública, nesta espécie, o ofendido pode dispor do seu direito de agir e processar a qualquer momento, ainda que o julgador já tenha recebido a queixa-crime. Isso pode ocorrer por meio do perdão, da perempção (negligência para a realização de um ato) ou pela conciliação das partes.
- c) Indivisibilidade. O ofendido não pode escolher contra quem ele irá apresentar a ação penal privada caso haja mais de um suspeito. Assim, ele deverá promover contra todos ou contra nenhum. Isso serve para evitar que o processo penal seja usado como instrumento de vingança, chantagem, coação ou para interesses que não sejam exclusivamente jurídicos. Se o perdão for concedido a um, todos os outros serão beneficiados.

Entenderam? Esperamos que sim. Esse é um conteúdo que exige pouco, mas constantes estudos, combinado? Até a próxima!

Sem medo de errar

Após a descoberta de que sua obra-prima havia sido publicada sem sua autorização por uma editora, Jorge procurou um aconselhamento legal para auxiliá-lo nesse momento tão difícil: existe alguma medida que o advogado deve adotar? Quem seria titular do direito de postular em juízo um pedido de condenação?

Você, como advogado de Jorge, o que faria para proteger seus direitos no âmbito penal?

A Editora Plagiar, que pertence ao sr. João Plagiador, e sua esposa, Maria, incorreram no crime de violação de direito autoral, conforme o disposto no artigo 184, do CP. Desta forma, o advogado de Jorge deve instruí-lo para que ele comunique a autoridade policial a prática delituosa de João Plagiador e sua editora, para que o inquérito policial se inicie. Segundo a análise do seus §§ 1 e 2 do referido art. 184 em conjunto com o art. 186, inciso II do CP, a ação penal será pública incondicionada, sendo o Ministério Público o titular exclusivo dessa ação. Este é um caso excepcional já que o legislador previu a ação penal privada como forma de exercício da pretensão acusatória, mas logo em seguida excepcionalizou novamente quando excluiu as hipóteses dos §§ 1 e 2º do art. 184 do CP.

Poderá, Jorge, provocar a iniciativa da ação penal pública pelo Ministério Público, apresentando-lhe, por escrito, as provas da atitude delituosa de João e todo o seu conjunto probatório para demonstrar a sua autoria sobre a obra publicada sem sua autorização, assim como lhe assegura o art. 28, do Código de Processo Penal, mas não será titular da ação penal a menos que o Ministério Público deixa de propô-la dentro do prazo legal.

Avançando na prática

Amizade eterna

Descrição da situação-problema

Abel e Caim eram vizinhos e foram criados juntos a vida inteira. A amizade dos dois ultrapassou a infância, superou a adolescência e estava em seu auge já na fase adulta de ambos. Contudo, após a formatura dos dois, Abel em medicina e Caim em matemática, os dois amigos se separaram, pois Abel foi fazer residência no Rio de Janeiro. Após alguns anos residindo fora, Abel retornou à sua cidade natal e encontrou Caim, já casado, e com grande renome na sua cidade pois havia criado um bem-sucedido cursinho preparatório para o ENEM. Com o retorno da amizade, Abel começou a lecionar no cursinho de seu amigo e se aproximou, sentimentalmente, da esposa de Caim. Quando a situação amorosa de ambos chegou

aos ouvidos de Caim, ele se descontrolou e agrediu fisicamente Abel, com socos e pontapés, resultando em lesões nas suas pernas e braços, o impossibilitando de dar aulas e exercer sua prática como médico por um período de quase 2 meses. Abel procurou seu advogado com intuito de fazer justiça contra seu ex-amigo. Ele precisa de um advogado para apresentar a denúncia? Qual a espécie de ação referente à essa situação? Qualquer pessoa poderá apresentá-la ou cabe somente a Abel?

Resolução da situação-problema

Conforme análise do caso descrito, pode-se perceber que a agressão à Abel se enquadra como lesão corporal grave, consoante o disposto no art. 129, § 1, inciso I, do CP:



Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto.

Com a leitura do referido artigo, percebe-se que ele nada manifesta a respeito do tipo de ação a ser proposta. Assim, sendo a ação penal pública a regra, podemos afirmar que ela será a aplicável ao caso de Abel, não necessitando da contratação de um advogado para iniciá-la. De acordo com o art. 129, inciso I da Constituição federal e do artigo 24 do CPP, o titular da ação penal pública incondicionada é o Ministério Público, exigindo-se indícios da materialidade do fato e da autoria para provocação da esfera jurisdicional. Atenção, sendo a lesão corporal de natureza leve, a ação penal torna-se condicionada à representação, por força do art. 88 da Lei nº 9099/1995.

Faça valer a pena

1. A ação penal é o instrumento pelo qual o titular desse direito (Ministério Público ou o ofendido) poderá promover a persecução penal contra o autor do delito para que após recebida a acusação o responsável seja punido nos termos da lei em vigência.

Acerca da ação penal, assinale a alternativa correta:

- a) Em uma ação penal privada, o perdão concedido a um dos querelantes, em regra, não se estende aos demais.
- b) Em uma ação penal pública somente o Ministério Público pode comunicar a sua existência à autoridade policial.
- c) Ação penal pública é um instituto excepcional, competindo ao Código Penal ou outra lei penal, disciplinar os crimes por ela regidos.
- d) Ação penal privada é regra no nosso ordenamento jurídico e não precisa ser anunciada a cada crime individualmente.
- e) Na ação penal privada o ofendido pode dispor do seu direito de agir e processar a qualquer momento, ainda que o julgador já tenha recebido a queixa-crime.

2. Os princípios atuam na ciência jurídica como uma importante ferramenta para interpretação e aplicação de suas normas. Atualmente, eles são percebidos como uma importante fonte do direito, não mais vistos como uma fonte secundária, mas foram elevados à categoria de epicentro do “sistema jurídico”, conforme lição do Ministro Roberto Barroso (2015, p. 238).

Quanto aos princípios que regulam a ação penal pública, podemos destacar:

- a) Oficialidade, obrigatoriedade, indivisibilidade e indisponibilidade.
- b) Oficialidade, obrigatoriedade, indivisibilidade e disponibilidade.
- c) Oficialidade, oportunidade, indivisibilidade e disponibilidade.
- d) Oficialidade, intranscendência, divisibilidade e indisponibilidade.
- e) Obrigatoriedade, indivisibilidade, indisponibilidade e oportunidade.

3. Em abril de 2018, Joana tomou conhecimento de que seu ex-namorado, Marcelo e sua nova namorada, Patrícia, haviam espalhado em sua cidade natal que ela era portadora de uma doença sexual contagiosa e que praticava atos sexuais com diversas pessoas com a intenção de transmitir a doença. Sendo tal afirmação totalmente inverídica e infundada, e conforme art. 138

do Código Penal, o crime de calúnia, que é imputar falsamente a alguém a prática de um crime, é um delito de ação penal privada.

Desta forma, consoante o disposto no Código de Processo Penal brasileiro a respeito da ação penal, Joana deverá:

- a) Esperar a propositura da ação pelo Ministério Público, tendo em vista ser ele o titular exclusivo da ação.
- b) Propor queixa-crime somente contra Patrícia, tendo em vista ser ela a única pessoa interessada em caluniá-la em razão de sua relação amorosa com Marcelo.
- c) Propor queixa-crime contra Marcelo e Patrícia, tendo em vista que a ação penal é indivisível, não permitindo que ela escolha contra quem irá apresentar a ação penal.
- d) Representar contra Marcelo e Patrícia, pois a sua manifestação de vontade é imprescindível para que o Ministério Público ingresse com a ação penal;
- e) Representar contra Marcelo e Patrícia, pois o direito de punir é estatal, e ela não pode dispor do seu direito de agir e processar.

Seção 2.2

Da competência e da jurisdição I

Díálogo aberto

Caro aluno, continuando nosso estudo de Processo Penal, na presente seção analisaremos um tema de suma importância: jurisdição e competência. Desta forma, examinaremos a jurisdição e suas características e princípios, bem como a competência e seus critérios de definição, em razão da pessoa e em razão da matéria.

Parece muita coisa, não é? Mas não se preocupe, para contextualizar o tema e facilitar sua compreensão temos a história de Jorge, o engenheiro que escreve livros, está lembrado? Então, após inúmeras negativas de diversas editoras para a publicação de suas obras, ele conseguiu um contrato com uma editora de Belo Horizonte (MG), que iria publicar seu livro com uma tiragem limitada. Todavia, após a boa notícia inicial, ele descobriu que a Editora Plagiar, uma das diversas editoras que não haviam demonstrado interesse em seu livro, havia publicado sua obra-prima sem sua autorização e se sequer lhe comunicar.

Após o oferecimento da notícia-crime à autoridade policial, Jorge aguarda o andamento das investigações junto com o advogado contratado para atuar neste caso. Intimado para comparecer na DEPOL (Delegacia de Polícia Legislativa), o proprietário da Editora Plagiar disse ao delegado que a empresa tem sede na cidade de Curitiba (PR), e recebeu o material de terceiros que teriam se apresentado como autores da obra. Maria, esposa do proprietário, confirmou essa versão afirmando ainda que jamais se encontrou com Jorge, verdadeiro autor da obra. Maria confirmou também que a editora tem sede em Curitiba (PR), onde se localiza igualmente a gráfica, mas ressaltou que existem filias em todo território nacional, sendo que a ideia era vender a obra para todas as unidades da federação. Concluso o inquérito policial, o delegado redigiu um relatório indiciando João Plagiador e sua esposa em razão da prática do crime previsto no § 1º do art. 184. Você como advogado marcou uma reunião com a mesma autoridade policial para tentar colher

informações. Na mesma oportunidade, o delegado lhe questiona informalmente se deverá encaminhar o procedimento para a Justiça Federal ou para a Justiça Estadual. A dúvida do delegado surgiu após a informação dada por Maria que a editora atuaria em todo o território federal, pelo que o crime fugiria do interesse estadual. Você como advogado de Jorge e interessado na condenação dos editores pode responder essa dúvida informando-lhe o juízo competente para processar o feito. Qual é a Justiça competente para apreciar esse delito? Justiça especial ou comum? Federal ou Estadual? Pronto para o estudo? Então vamos lá!

Não pode faltar

Caro aluno, após o estudo da ação penal e suas espécies, necessário se faz o exame da jurisdição. Mas, o que vem a ser a jurisdição? A jurisdição é uma das funções estatais, que será exercida pelo Poder Judiciário, que se concretiza na aplicação de normas previstas no ordenamento jurídico para solucionar um caso concreto. Ou seja, é o poder do Estado de aplicar o direito para resolver um conflito e solucionar a demanda em questão.

A jurisdição, então, implica na existência de um conflito de interesses. Logo, após a provocação da atuação estatal, que é essencialmente inerte, se materializará a prestação jurisdicional (MARCÃO, 2017). Na esfera penal, a jurisdição se consubstanciará no processo penal e proporcionará a aplicação da lei contra aquele que tenha violado um bem jurídico tutelado pelo direito penal (como a vida, a liberdade, o patrimônio, a dignidade sexual, dentre outros).

A jurisdição tem como características principais a substitutividade e a definitividade. A substitutividade é a aplicação do direito ao caso concreto, se sobrepondo à vontade das partes; enquanto a definitividade é a imutabilidade da decisão do órgão jurisdicional ao final do processo (CAPEZ, 2017).

Da base principiológica da jurisdição podemos destacar os seguintes princípios:

- **Princípio da unidade:** a jurisdição é una, sendo de titularidade do Poder Judiciário, possuindo diferenças quanto à sua aplicação e especialidade. Assim, apesar de ser una, ela pode ser cível ou penal, por exemplo, e estadual ou federal, conforme a situação se apresentar.

- **Princípio do juiz natural:** a autoridade competente para processar e julgar uma demanda será aquela estabelecida por critérios pré-determinados, não sendo permitido o julgamento por um juízo de exceção, ou seja, aquele criado após o fato (artigo 5º, inciso XXXVII).
- **Princípio da investidura:** somente a autoridade jurisdicional que tenha sido regularmente investida em seu cargo poderá exercer a jurisdição.
- **Princípio do devido processo legal:** de acordo com o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Os atos processuais devem ser executados e cumpridos nos termos em que a lei exige. Trata-se de um sobre princípio que garante o respeito às formas processuais.
- **Princípio da titularidade ou da inércia:** conforme já dissemos acima, a jurisdição é inerte e depende de provocação do interessado para que possa aplicar o direito ao caso concreto de forma a aplicar a pena para aquele que cometeu o delito.
- **Princípio da irrecusabilidade:** corolário do princípio do juiz natural, pois, afirma que as partes não podem recusar o exercício da jurisdição pela autoridade legalmente definida como competente para processar e julgar, salvo as situações de suspeição e impedimento.
- **Princípio da indelegabilidade:** a autoridade jurisdicional, juiz, não pode delegar para outro o exercício de sua jurisdição.

Você pode perceber, assim, as principais características da jurisdição e seus princípios. Contudo, para que o exercício da jurisdição se efetive é necessário que ela seja delimitada, pois, ela é una, mas precisa ser definida de forma a atender todas as situações que se apresentarem em todo o território nacional. Por isso, a jurisdição foi repartida em diferentes competências, sendo distribuída para distintos órgãos estatais por meio de algumas regras. E são essas regras que estudaremos agora! Vamos a elas!



Exemplificando

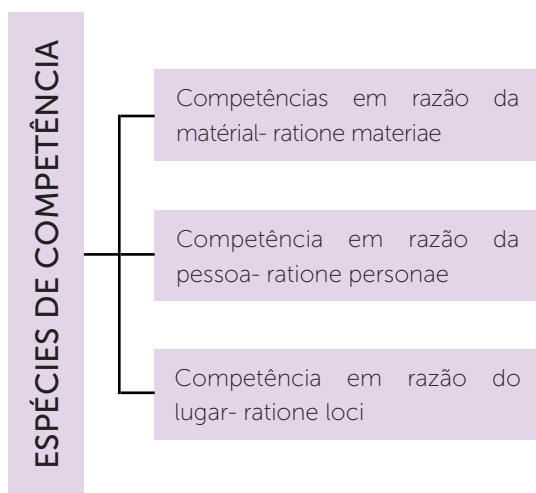
Competência também é conceituada como o limite da jurisdição, pois ela é o espaço no qual a atividade jurisdicional será exercida pelo órgão jurisdicional.

Por isso, um juiz da comarca de Belo Horizonte (MG) não tem competência para julgar um processo da comarca de Curitiba (PR). Ele deve ater sua atividade de acordo com a competência prevista em lei.

Para que a repartição de competências se concretize de forma eficiente é imprescindível que ela tenha sido previamente definida. A maioria dos doutrinadores dispõe que para definir a competência na esfera penal devemos nos perguntar: qual a justiça competente? Qual é o juiz competente? Qual é a vara competente? Qual o órgão competente para interpor recursos? O acusado possui foro por prerrogativa de função?

Esses questionamentos se fundamentam em critérios de fixação de competência, que no Direito denominamos de competências *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*. Em português seria a 'razão da matéria', da 'pessoa' e do 'lugar'. Vejamos a Figura 2.2:

Figura 2.2 | Espécies de competência



Fonte: elaborada pela autora.

A competência ***ratione materiae***, também chamada de competência da jurisdição, é aquela definida em razão da natureza do delito. Ela pode se referir na esfera penal à justiça comum (estadual, federal) ou justiça especializada (eleitoral, militar).

A competência ***ratione personae***, também denominada de foro por prerrogativa de função, é estabelecida conforme a qualidade das pessoas acusadas, ou seja, serão analisadas as funções exercidas por essas pessoas, pelos cargos públicos que elas possam ocupar. Por fim, a competência ***ratione loci*** é definida pelo local onde o delito foi praticado. Porquanto analisaremos a competência em razão da matéria e da prerrogativa de função agora, a competência em razão do local será estudada na próxima seção, juntamente com outros critérios.



Assimile

O art. 69 do CPP (BRASIL, 1941) estabelece que a competência jurisdicional será definida conforme:

- I. o lugar da infração; (***ratione loci***)
- II. o domicílio ou residência do réu; (***ratione loci***)
- III. a natureza da infração; (***ratione materiae***)
- IV. a distribuição;
- V. a conexão ou continência;
- VI. a prevenção;
- VII. a prerrogativa de função (***ratione personae***).

Ficou fácil definir a competência após a leitura do dispositivo acima, correto? Afinal ele já disponibiliza a ordem que devemos seguir para a definição da competência, não é assim? Não exatamente. Ao definir os critérios de competência (matéria, da pessoa e do lugar) o legislador aqui não primou pela boa técnica legislativa, pois o fez de forma quase aleatória. Mas nós vamos sistematizar para você!

Em primeiro lugar, quando nos deparamos com um caso criminal devemos responder a seguinte pergunta sugerida por Aury Lopes (2017): qual é a justiça competente?

Essa pergunta pode ser essencial tanto em relação àqueles cargos abrangidos pela prerrogativa de foro quanto pelos demais investigados. Para fins didáticos, inicialmente, vamos responder essa questão focando na competência em razão da matéria que pode ser dividida entre justiça comum ou justiça especial. Uma dica, segundo Aury Lopes (2017) deve iniciar o exame pela esfera mais restrita, isto é, partindo da Justiça Especial até a competência residual, vamos ver?

A justiça especial foi definida pela Constituição Federal e se subdivide em: **Justiça Eleitoral**, compreendida nos artigos 118 a 121, com competência para julgar os crimes eleitorais previstos no Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) e em outras legislações esparsas; **Justiça Militar**, que pode ser estadual (art. 125, § 4, da CF/1988) ou Federal (art. 124, *caput*, da CF/1988), e julga os delitos previstos no Código Penal Militar (Decreto lei 1.001/1969) e em outras legislações especiais (como a tortura e abuso de autoridade quando praticados por militares contra civis). Repare que tal situação foi modificada com a Lei 13.491/2017, cujo texto reformulou o critério anteriormente adotado no art. 9º do Código Penal Militar (BRASIL, 1969). Fique ligado nessa mudança!

Já a justiça comum federal está prevista no artigo 109 da Constituição, e em seu inciso IV, definiu sua competência para julgar “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral” (BRASIL, 1988). Nesse sentido um crime cometido na Caixa Econômica Federal será processado e julgado na Justiça Federal, eis que atingiu bens da União.



Refleta

E crimes cometidos em agências do Banco do Brasil ou dos Correios: estariam abrangidos pelos critérios do art. 109, inciso IV da Constituição ou não?

Por fim, a Justiça Estadual Comum tem uma competência residual, isto é, vai julgar tudo que não for da competência da justiça especializada ou da justiça comum Federal.



Segundo a **Súmula 38 do STJ**: “compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades”).

Ou seja, todas as contravenções penais, não importando sua natureza, serão de competência da Justiça Estadual Comum.

O segundo questionamento que nos ajuda a fixar a competência é: qual é o foro competente? O que se busca saber é o seguinte: qual é o órgão jurisdicional encarregado de julgar o processo? Isso se deve ao fato de que a competência pode ser de juiz, de um tribunal ou até do tribunal superior. Já se lembrou de qual competência será definida aqui, não é? Sim, a competência *ratione personae*.

Mas não é tudo! Por meio dessa pergunta, definimos também o local onde tramitará o processo, caso evidentemente o julgamento ocorra na Justiça de primeiro grau. Mas isso vamos ver mais para frente.

**Pesquise mais**

No momento atual de nosso país, a questão do foro privilegiado, o foro por prerrogativa de função tem suscitado intenso debate em meio da sociedade.

Desta forma, em maio de 2018, buscando restringir o foro, o STF definiu que:

(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.



Contudo, longe de se resolverem todas as controvérsias sobre o tema, a decisão levantou inúmeras outras. Para aprofundar mais seus conhecimentos em Direito Penal, Processual Penal e Constitucional, não deixe de pesquisar mais sobre o assunto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

A competência ***ratione personae*** vai ser aplicada para pessoas que em razão da função ou do cargo que exercem, terão uma prerrogativa de foro, isto é, serão julgadas por um foro especial. De tal modo, a Constituição Federal e as Constituições Estaduais definiram a prerrogativa de que certos ocupantes de cargos públicos deverão ser julgados pelos tribunais. Segundo a Constituição Federal:

- O Supremo Tribunal Federal, segundo artigo 102, inciso I, é competente para processar e julgar, originariamente:
 - b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
 - c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) (BRASIL, 1988).
- O Supremo Tribunal de Justiça de acordo com o artigo 105, inciso I, será competente para processar e julgar, originariamente:
 - a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos

Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; (BRASIL, 1988).

- Os Tribunais Regionais Federais, consoante artigo 108, inciso I, terá competência para processar e julgar, originariamente:
 - a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (BRASIL, 1988).
- Os Tribunais de Justiça julgarão, ordinariamente:
 - a) Os prefeitos municipais, segundo artigo 29, inciso X;
 - b) Os juízes estaduais e do Distrito Federal, conforme artigo 96, inciso III;
 - c) Membros do Ministério Público estadual, de acordo com artigo 96, inciso II (BRASIL, 1988).



Refleta

Por qual motivo o legislador constituinte estabeleceu um rol tão extenso de funções abrangidas pelo dito “foro especial”?

Deve-se ressaltar que a Súmula 702 do STF estabeleceu que a “competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau” (BRASIL, 2003).

Os crimes eleitorais praticados por prefeitos e deputados estaduais serão julgados, ordinariamente, pelo Tribunal Regional Eleitoral, enquanto se eles praticarem crimes federais serão julgados, ordinariamente, pelo Tribunal Regional Federal.

Nessa mesma esteira, os crimes eleitorais praticados por juízes e promotores estaduais serão ordinariamente julgados pelo Tribunal Regional Eleitoral, ao mesmo tempo que ambos praticarem crimes federais há uma divergência: a primeira teoria afirma que eles devem ser julgados pelos Tribunais de Justiça e a segunda defende que será competência do Tribunal Regional Federal (CAMPOS, 2014).

Outra súmula digna de nota é a Súmula 721 do STF, que foi convertida em **Súmula Vinculante 45**, que dispôs: “a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual” (BRASIL, 2015).



Assimile

"Registro, outrossim, que os argumentos trazidos pelo Parquet estadual no sentido de que seria ele o ente 'dotado de atribuições para investigar o aspecto criminal da ação possivelmente perpetrada pelos mencionados vereadores, seja porque esta ação teria ocorrido no interior da Câmara Municipal de Vereadores de Cocal/PI, seja porque atenta contra a autonomia administrativa e legislativa do Município do Cocal/PI (...)', não teriam o condão de afastar a suposta configuração de crime eleitoral, considerando o eventual animus eleitoral das condutas ilícitas supostamente praticadas. Por essa razão, ***não obstante tratar-se na espécie de vereadores, o raciocínio jurídico é o mesmo do traduzido o enunciado da Súmula nº 702, segundo a qual 'a competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça Comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau'.***" (ACO 1614, Relator Ministro Dias Toffoli, Decisão Monocrática, julgamento em 18.6.2012, DJe de 21.6.2012, grifo nosso).

Aluno, após o exame das competências acima, normalmente surge uma dúvida: existe a possibilidade de substituição de um juízo por outro? Segundo a regra geral, a resposta é negativa, embasada no princípio da indelegabilidade, pelo qual a autoridade jurisdicional, juiz, não pode delegar para outro o exercício de sua jurisdição. Todavia, esse princípio comporta exceções.

A lei permite, em algumas situações, a chamada prorrogação de competência, isto é, situações em que a competência de um juízo pode ser substituída por órgão de outro local (CAPEZ, 2017). A competência poderá ser prorrogada se for relativa, ou seja, se ela puder ser transferida para outro juízo, que inicialmente era incompetente. Assim, a competência relativa pode se dividir em competência necessária e competência voluntária.

A competência necessária ocorre em situações de conexão e continência, conforme artigos 76 e 77 do Código Penal, que serão estudadas na próxima seção. Já a competência voluntária somente é possível na competência em razão do local, caso não for alegada em momento oportuno, consoante art. 108 do CPP, ou nas ações penais privadas, nas quais o autor da ação pode optar por ajuizá-la ou no local da infração ou no domicílio do réu, segundo art. 73 do CPP.

Por fim, devemos examinar a delegação de competência. A delegação se materializa sempre que não se puder realizar os atos processuais necessários no foro originalmente competente (CAPEZ, 2017). Deste modo, ela pode ocorrer de dois modos: delegação externa e delegação interna.

A delegação externa é aquela que os atos serão realizados em juízos diferentes, como, em cartas precatórias para citação de réu, ou para oitiva de testemunhas, etc. Já a delegação interna ocorre no mesmo juízo, mas quando o há a substituição de juízes (CAPEZ, 2017, p. 280).

Então, alunos, chegamos ao fim do nosso material didático. Gostou do nosso tema? Não se preocupe, em razão de sua importância, continuaremos o estudo da competência na próxima seção.

Para aplicar os conhecimentos aqui aprendidos não deixe de solucionar a situação problema de e crie hipótese com conflito de competência. Este é um ótimo exercício para assimilar a matéria, combinado? Mãos à obra e bom trabalho!

Sem medo de errar

O delegado de polícia recebeu a notícia crime e instaurou um inquérito para apurar a prática dos delitos constantes no art. 184 § 1º do Código Penal. A partir disso, houve também a necessidade de colher alguns depoimentos ainda na fase policial para que o titular da ação penal tivesse todos os elementos necessários para o oferecimento da denúncia (ou mesmo o pedido de arquivamento). Com isso, foram ouvidos o dono da Editora Plagiar, bem como sua esposa que confirmaram ter reproduzido o material embora (diziam que) não sabiam que se tratava de obra de terceiros. Além disso, disseram que a sede da editora fica em Curitiba (PR), embora haja filias em todos os estados da federação. Como estava ainda no início da tiragem, somente São Paulo (SP) tinha recebido exemplares e comercializado as obras. O delegado ficou então em

dúvida: qual seria o órgão judicial competente para apreciar uma futura ação penal?

De acordo com Aury Lopes (2017), podemos definir a competência por meio de três perguntas: qual é a Justiça competente? Qual é o foro? E, por fim, qual é a vara? Nesta seção precisamos responder apenas a primeira, a justiça será comum ou especial? Esta questão é fácil, não é verdade. A reprodução com fins lucrativos de obras particulares não pode ser nem crime militar e nem eleitoral por não ter sido praticado por pessoas com a qualidade militar dentro da previsão do respectivo código e nem tampouco crimes eleitorais. Sobrou então a justiça comum que é dividida em duas: federal e estadual. A primeira está definida no art. 109 da CR/1988 que define a sua competência dizendo que tem que ser, dentre outros motivos, de interesse da união. Apesar de ter potencial para atingir o país inteiro, nenhum bem, serviço ou funcionário da união esteve envolvido no exercício da função ou foi vítima do ato, pelo que a competência será da justiça estadual. Quanto ao lugar, essa questão será desenvolvida na próxima seção.

Avançando na prática

Prefeito do mal

Descrição da situação-problema

Inácio é o prefeito de Teresópolis (RJ). No decorrer de seu mandato, ele gostava de se exibir na cidade com carros importados e mulheres bonitas. Um dia, seu vizinho Álvaro, cansado de se sentir um tolo como contribuinte, iniciou uma discussão com o parlamentar, questionando a origem do dinheiro para a compra de carros importados, tendo em vista que o salário de prefeito não era compatível com o padrão de vida ostentado por Inácio. O representante popular, indignado com a acusação velada, alegou ser o homem mais honesto da cidade, e em um rompante de ira, atirou em Álvaro, que veio a óbito na mesma hora. O crime foi um escândalo nacional e o prefeito foi indiciado pela prática de homicídio qualificado por motivo fútil, com pena de reclusão de 12 a 30 anos.

Após a denúncia do Ministério Público, o processo foi encaminhado para a competência do Tribunal do Júri, segundo

o previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Constituição Federal que dispõe ser ele o competente para julgar os “crimes dolosos contra a vida”.

Contudo, os advogados de Inácio alegaram uma exceção de incompetência, alegando que o crime praticado por seu cliente era de competência do Tribunal de Justiça do Estado, consoante a Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Perante esse conflito de competência, como resolver essa situação?

Resolução da situação-problema

Para resolução da situação-problema é necessário se lembrar dos critérios de fixação de competência, mas, atentando para a Súmula 721 do STF, que foi convertida em Súmula Vinculante 45, que expressamente estabeleceu que “a competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual” (BRASIL, 2015).

Desta forma, o prefeito Inácio será julgado pelo Tribunal do Júri, pois o disposto na Constituição Federal deve prevalecer sobre as disposições das constituições estaduais.

Faça valer a pena

1. Sr. Zé Voto Fácil registrou sua candidatura para deputado estadual no ano de 2018. Era o nome mais forte do Rio Grande do Sul, embora surgisse no interior do estado outro nome, João da Virada, que poderia lhe tirar os votos suficientes para ser eleito pelo partido Nanicos. José Voto Fácil então começou a divulgar em sua propaganda eleitoral que João, na verdade era o maior cafetão da cidade. Isso foi feito durante o período eleitoral para João perder disputa.

De acordo com a história narrada, qual será a justiça competente para apreciar a prática de calúnia por José Voto Fácil?

- a) Justiça Militar.
- b) Justiça Estadual.
- c) Justiça Federal.
- d) Justiça Eleitoral.
- e) Justiça do Trabalho.

2. Renato, El torturador, era um policial militar com fama de agressivo e intolerante. Não aceitava conversas e desculpas de bandido, conforme palavras dele. Certo dia, Renato, cansado de ouvir que Cláudio Neves era o autor de um homicídio, resolveu prendê-lo e submetê-lo Cláudio a uma dolorosa sessão de tortura. Enquanto Renato se divertia, Cláudio se debatia devido à dor física intensa. Cláudio não quis sofrer mais, assumindo a culpa de um crime que não cometeu.

Renato, El torturador, era contra o criminoso, mas ele mesmo praticou um crime gravíssimo: a tortura. Qual será a justiça competente para analisar esse delito?

- a) Justiça Militar.
- b) Justiça Estadual.
- c) Justiça Federal.
- d) Justiça Eleitoral.
- e) Justiça do Trabalho.

3. Mário Malandrinho apropriou-se de dinheiro público durante o exercício de seu mandato como deputado federal. Mas a justiça no Brasil descobriu o esquema pelo que determinou a investigação de todos os fatos. Mário tentou esconder as provas, mas todas elas já estavam sendo monitoradas pelas autoridades competentes.

Considerando o novo entendimento do STF qual será a justiça competente para apreciar eventual acusação e julgar Mário Malandrinho?

- a) Tribunal de Justiça do estado de origem de Mário Malandrinho.
- b) Tribunal Regional Federal pertencente ao estado de origem de Mário Malandrinho.
- c) Superior Tribunal de Justiça.
- d) Tribunal Superior Eleitoral.
- e) Supremo Tribunal Federal.

Seção 2.3

Da competência e jurisdição II

Diálogo aberto

Caro aluno, como vai? Nesta última seção da nossa unidade abordaremos temas muito importantes, retomando a explicação sobre a competência judicial, mais especificamente determinada pelo local do fato e competência funcional. Faremos um quadro comparativo também esclarecendo as diferenças entre a competência absoluta e a competência relativa, reforçando as características e efeitos de cada uma dessas espécies. Este tema é especialmente importante, porque qualquer erro pode gerar nulidade parcial ou integral de todos os atos praticados nos autos, cuja consequência será repetir ou mesmo alguns atos processuais, como as provas. O reconhecimento desse vício sujeito à declaração de nulidade do processo poderá atrasar ainda mais o julgamento do caso o que colaborará para a deficiência da prestação jurisdicional ou mesmo provocará a prescrição da pena. Por isso, todo cuidado é pouco!

Para elucidar melhor este conteúdo retornaremos com a nossa situação-problema envolvendo Jorge, autor de um livro criminosamente publicado pela Editora Plagiar.

Assim que o juiz da vara criminal de São Paulo recebeu o inquérito policial, ele encaminhou diretamente ao Ministério Público para que este órgão oferecesse a denúncia (ou o pedido de arquivamento dos autos) se fosse o caso. Ocorre que o promotor, atribuído para este caso, analisou todo o inquérito e ficou com uma dúvida acerca do juízo competente para receber a denúncia e dar andamento ao processo. Qual era a dúvida do promotor de justiça? Se a gráfica e a própria sede da editora se situam em Curitiba (PR), não seria o juízo competente para apreciar o feito o órgão da justiça estadual de primeira instância localizado na capital paranaense? Ou o fato de ter sido comercializado somente em São Paulo (SP), o crime não deveria ser analisado na capital paulista? Qual o foro será competente para apreciar esse processo? E a vara?

Não pode faltar

Caro aluno, está animado para recomeçar o estudo de Processo Penal? Então, venha comigo nessa nossa jornada.

Na presente seção, continuaremos nosso estudo sobre a competência! Desta forma, analisaremos a competência em razão do local, a competência funcional e faremos, igualmente, uma distinção entre a competência absoluta e a competência relativa. Mas não paramos por aqui, pois, prosseguiremos com exame da competência por distribuição, as causas modificadoras de competência: conexão ou continência, e por fim, finalizaremos nossa jornada estudando a separação de processos e o foro prevalente.

Aluno, para iniciarmos nossa caminhada, está lembrado do art. 69 do CPP, que vimos anteriormente? Então, segundo o referido artigo, a competência jurisdicional será definida conforme:



- I. o lugar da infração; (*ratione loci*)
 - II. o domicílio ou residência do réu; (*ratione loci*)
 - III. a natureza da infração; (*ratione materiae*)
 - IV. a distribuição;
 - V. a conexão ou continência;
 - VI. a prevenção;
 - VII. a prerrogativa de função (*ratione personae*)
- (BRASIL, 1941)

Considerando que já abordamos sobre competência em razão da matéria e da pessoa, resta-nos ainda explicar duas formas de competência, quais sejam: em razão do local e funcional.

Como se pode depreender da leitura do art. 69 do CPP, a competência poderá ser definida consoante o lugar da infração (I) ou pelo domicílio ou residência do réu (II). A regulamentação da competência de acordo com o lugar da infração foi estabelecida nos artigos 70 e 71 do CPP. O art. 71 aduz:



Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

§ 1º. Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumir fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

§ 2º. Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

§ 3º. Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção. (BRASIL, 1941, grifo nosso)

Assim, para o CPP, o local da infração é exatamente o lugar onde o delito foi consumado, ou, em caso de infrações que admitem tentativa, o local será aquele no qual foi praticado o último ato da execução.



Assimile

O Direito Penal define consumação e tentativa conforme o previsto em seu art. 14. Vamos a ele:

Art. 14 - Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (BRASIL, 1941).

Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209/1984).

Percebe-se que o Código Penal e o Código de Processo Penal adotaram conceitos distintos para definirem o mesmo fenômeno

em que se atribui o dito local da infração. Não é difícil, mas é preciso alguma concentração para entender o conteúdo.

Enquanto que o Código Penal e a Lei do Juizado Especial adotaram a teoria da ubiquidade, segundo a qual o local do crime pode ser tanto o lugar onde a conduta foi praticada, como também onde se consumou a ação/omissão, o CPP consagrou a teoria do resultado. De acordo com essa concepção, o local da infração é somente aquele onde houve a consumação do delito. Ora, se um delito inicia-se em uma cidade com atos que só serão concluídos em outro local, logo o juiz competente para apreciar a conduta delitiva será justamente onde o verbo nuclear do tipo encontra-se integralmente realizado. Por exemplo: matar alguém é uma conduta prevista no art. 121 do Código Penal brasileiro.



Exemplificando

Suponhamos que uma pessoa A tenha disparado um tiro contra uma pessoa B, a conduta dele se subsumiu inteiramente no tipo? Não se sabe, mas por quê? A pessoa B morreu ou só foi atingida pelo projétil? Esta pergunta é crucial, perceberam? Isso porque, na hipótese de a pessoa B ter sofrido um disparo, mas ter morrido em decorrência daquele ato em outra comarca, logo o crime executado pela pessoa A será processado e julgado na comarca/seção onde a pessoa B veio à óbito.

E se a vítima não viesse a falecer, a regra seria a mesma? Aqui, não! Isso porque, neste caso configuraria-se o instituto da tentativa previsto no art. 14 do Código Penal: art. 14: **Diz-se o crime:** II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente [...] (BRASIL, 1940). Neste último caso, o CPP considera o local do crime onde foi praticado o último ato de execução, isto é, incide-se nesta hipótese a teoria da ação, através da qual o local do crime é definido no mesmo lugar onde ocorreu o último ato da execução do crime.

Os §§ 1º e 2º do art. 70 do CPP estabelecem as regras de definição de competência em crimes cometidos à distância, sejam eles praticados dentro do território nacional, mas que se consuma fora dele ou o início da execução ocorre fora do Brasil,

mas se consuma em nosso território (PACELLI, 2017). No primeiro caso, o legislador definiu que o local do crime será aquele onde ocorreu o último ato de execução. No segundo, definiu-se que será onde aconteceu ou deveria ter acontecido o resultado.

Até aqui, não resta nenhuma dúvida, correto? Sim, a teoria é esta e é bem simples de compreendê-la. Mas, na prática, será que a jurisprudência tem admitido outra interpretação? Sim. Vamos a ela então?!

Segundo Aury Lopes Jr. (2017), nos crimes plurilocais, isto é, naquelas hipóteses em que o local da conduta não coincidir com o lugar do resultado (salvo nos casos dos §§ 1º e 2º do art. 70), a jurisprudência tem entendido que se deve entender como consumação o local onde cessou o potencial lesivo da conduta, mesmo que o resultado ocorra em outra localidade.



Exemplificando

Considere um caso hipotético: Jonas se envolveu em um acidente de carro na cidade de Guarulhos (SP) e foi levado às pressas para um hospital em São Paulo (SP). Devido à gravidade dos ferimentos, ele veio a óbito no hospital. Segundo a Teoria do Resultado, disposta no art. 70, *caput* do CPP, o processo penal será instaurado na comarca de São Paulo, pois foi o local em que o delito de homicídio culposo se consumou. Por outro lado, de acordo com o entendimento jurisprudencial, será competente o juízo da comarca de Guarulhos (Teoria da Atividade).

Nota-se, desse modo, que a jurisprudência tem relativizado a Teoria do Resultado, admitindo-se a Teoria da Atividade para os crimes plurilocais. A justificativa para essa manobra hermenêutica é facilitar a coleta das provas/vestígios que normalmente (isto é, nem sempre) são deixados no lugar da ação ou omissão. Claro que nos resta fazer uma crítica. Ora, isso porque essa iniciativa dos nossos tribunais (ou seja, ativismo judicial) inova a lei (quando não a contradiz), já que não são estes os conceitos definidos pelo legislador para deduzirmos aquela conclusão. Como vimos, local do resultado é o lugar da consumação. Nada contra a Teoria da Atividade, mas não foi esta a opção do legislador. Apesar disso, tem sido esta a preferência dos nossos julgadores e vamos em frente!



PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E FALSIDADE IDEOLÓGICA. COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO PENAL. RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DO RESULTADO. LOCAL DO INÍCIO DOS ATOS EXECUTÓRIOS. FACILITAÇÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. BUSCA DA VERDADE REAL. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM

PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

01. Conforme a jurisprudência dominante, "tendo em vista a necessidade de se facilitar a apuração dos fatos e a produção de provas, bem como garantir que o processo possa atingir à sua finalidade primordial, qual seja, a busca da verdade real, a competência pode ser fixada no local de início dos atos executórios". RHC 53020 / RS. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2014/0274030-7. Relator(a) Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC).T5 - QUINTA TURMA. 07/05/2015.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO (CP, ART. 121, §§ 3º E 4º). COMPETÊNCIA. CONSUMAÇÃO DO DELITO EM LOCAL DISTINTO DAQUELE ONDE FORAM PRATICADOS OS ATOS EXECUTÓRIOS. CRIME PLURILOCAL. **POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA FORO DIVERSO DO LOCAL ONDE SE DEU A CONSUMAÇÃO DO DELITO (CPP, ART. 70).** FACILITAÇÃO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, PRECEDENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

Segundo Aury Lopes Junior:



Nessa linha, "lugar da infração" passou a ser visto como aquele onde se esgotou o potencial lesivo da infração, ainda que distinto do resultado. Isso atende a uma necessidade probatória, pois todos os elementos do crime estão na cidade onde ocorreu o atropelamento, e não onde a vítima morreu. Lá está o lugar do crime (atropelamento) para ser periciado, lá será feita a reconstituição simulada, e lá residem as testemunhas presenciais do fato. (...) esse entendimento também tem sido empregado para o crime de homicídio doloso e outros, nos quais a ação criminosa se desenvolve integralmente numa cidade e apenas o resultado se dá em outra. (LOPES, 2017, p. 276)

Atenção

Caro aluno, não confunda consumação com exaurimento. Na consumação, o bem jurídico protegido é atingido com a realização do verbo nuclear do tipo-penal. Já o exaurimento ocorre quando os efeitos lesivos de um crime já consumados continuam produzindo outros resultados. Por exemplo, no crime de extorsão mediante sequestro, o ato de exigir o dinheiro para resgate já configura o tipo-penal. Caso o dinheiro seja entregue isso configura apenas o exaurimento.

Mas você deve estar se perguntando: então, a prorrogação de competência é sempre possível? Ou em que situações ela poderá ocorrer? Para responder a esses questionamentos é importante analisarmos a competência por meio de duas perspectivas: a absoluta e a relativa.

A competência absoluta é aquela que não admite nenhum tipo de flexibilização e o foi assim definida em razão da supremacia do interesse público, por causa da própria natureza do bem em questão, sendo tutelada pela Constituição Federal de 1988. Por essa razão, ela não admite nenhum tipo de modificação, nem pela vontade dos envolvidos e nem pelo decurso do prazo. Desta forma, podemos afirmar que em hipóteses de um processo tramitar para um juízo absolutamente incompetente ocorrerá, logicamente, a nulidade absoluta, e poderá ser alegada de ofício e a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória.



Refleta

E se uma sentença absolutória transitada em julgado tiver sido proferida por um juiz absolutamente incompetente? Será que poderá haver dois julgamentos para o mesmo caso?

Já a competência relativa, por sua vez, se caracteriza pelo interesse particular, e pode, por isso, ser modificada, flexibilizada, tanto pelo decurso do tempo, como por ausência de arguição no momento oportuno, ou conexão ou continência. Isto significa que se ela não for arguida no momento correto, ocorrerá a preclusão.

Portanto, quais são as competências absolutas e relativas? Dentre as competências absolutas podemos citar a competência

em razão da pessoa, em razão da matéria e a competência funcional. Todas elas competências previstas na Constituição. Já na competência relativa tem-se a competência territorial e demais causas modificadoras que estão previstas na legislação ordinária.

Bem, estas são as características. Vamos resumi-las para deixar em um quadro comparativo. Veja só!

Quadro 2.1 | Quadro Comparativo

Competência Absoluta	Competência Relativa
• Previsão constitucional. • Interesse público. • Improrrogável. • Não está sujeita à preclusão. • Presunção absoluta de prejuízo para os jurisdicionados. • Reconhecimento de ofício. • Outras características controversas: • Nulidade dos atos decisórios e probatórios. • Insuscetível de modificação por conexão e/continência.	• Previsão infraconstitucional. • Interesse predominante das partes. • Prorrogável. • Necessidade de arguir em tempo oportuno, sob pena de preclusão. • O prejuízo deve ser comprovado e arguido. • Outras características controversas: ☐ Os atos decisórios serão anulados enquanto os atos probatórios poderão ser convalidados (STF e STJ). A doutrina discorda desse entendimento. ☐ Impossibilidade de reconhecimento de ofício em razão da súmula 33 do STJ. Ocorre que essa jurisprudência foi firmada contanto como caso paradigmático um processo da área civil. Segundo a doutrina seria inviável estender para o processo penal, devido à indisponibilidade dos bens jurídicos na área penal.

Fonte: elaborado pela autora.

Para continuarmos nosso estudo do Código de Processo Penal, chegou a hora de analisarmos o art. 71, que aduz: “tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção”. (BRASIL, 1941)

Aluno, a prevenção é um critério subsidiário de fixação de competência, que se concretiza com as existências de dois ou mais juízes naturais que são igualmente competentes. De acordo com o artigo 83 do CPP:

Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa. (BRASIL, 1941)

Deste modo, será competente por prevenção o juiz que primeiramente praticar um ato no processo. Se observar o disposto no CPP, percebe-se que a prevenção foi inserida em diversos artigos, tais como: o 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c (BRASIL, 1941).



Assimile

Segundo a súmula 706 do STF "é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção".

COMPETÊNCIA PENAL POR PREVENÇÃO: NULIDADE RELATIVA E NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO OPORTUNA

"1. Nos termos da Súmula 706/STF, é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção, a qual deve ser arguida oportuna e tempestivamente, sob pena de preclusão." (RHC 108926, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 24.2.2015, DJe de 10.3.2015)

"1. É da jurisprudência do Tribunal que é relativa a incompetência resultante de infração às regras legais da prevenção: daí a ocorrência de preclusão se, como sucedeu no caso, não foi arguida, no procedimento ordinário de primeiro grau, no prazo da defesa prévia." (HC 81134, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 7.8.2007, DJ de 6.9.2007).

Outro critério de definição de competência é o que ocorre por distribuição. Ele se materializa quando existe mais de um

juiz competente em um mesmo foro, e, por isso, como critério subsidiário, será competente aquele que, conforme o procedimento de distribuição, manifestar-se primeiramente nos autos. Esse critério está previsto no artigo 75 e § único do CPP (BRASIL, 1941).



Exemplificando

Imagine que no caso Alberto acima narrado, responsável por um homicídio, de um desafeto chamado Simão. Neste caso, ele foi preso em flagrante no Rio de Janeiro (RJ) e será encaminhado para o respectivo fórum criminal da comarca. Como existem quatro tribunais do júri na capital fluminense, a competência entre eles será definida pela distribuição dos autos.

Aluno, vamos agora direcionar nossa atenção para um tema importante: as causas de modificação da competência. Claro que quando nos referimos a modificação de competência, estamos falando das competências relativas, que admitem essa alteração.

A conexão está prevista no art. 76 do CPP (BRASIL, 1941):



Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

- I. se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;**
- 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;**
- III. quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. (BRASIL, 1941)**

A conexão ocorre quando existe um vínculo entre duas ou mais infrações, de modo que elas são reunidas em um mesmo processo para que se tenha uma prestação jurisdicional única, fundada nos mesmos elementos probatórios, evitando-se, assim, que sejam proferidas decisões contraditórias em processos com similaridades e ponto de intercessão. A conexão se materializa com a alteração da competência original, ao se reunir em um mesmo processo as ações penais (MARCÃO, 2017).

A conexão pode ser dividida em três espécies: **conexão**

intersubjetiva, conexão objetiva ou lógica e conexão instrumental ou probatória. Vamos a cada uma delas!

- a) A conexão intersubjetiva** está inserida no artigo 76, I, do CPP (BRASIL, 1941), e se subdivide em três modalidades:

a1) Conexão intersubjetiva por simultaneidade: ocorre quando “duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas” (BRASIL, 1941). A ligação, como podemos perceber, se origina na simultaneidade de tempo e lugar, e se refere a situações nos quais dois ou mais delitos são praticados simultaneamente por diversas pessoas reunidas. Ou seja, como o próprio nome diz, se relaciona com uma pluralidade de sujeitos, mas sem que haja um acordo prévio, um ajuste entre eles para a prática da conduta.

a2) Conexão intersubjetiva por concurso: “por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar” (BRASIL, 1941). Aqui, a conexão se materializa quando duas ou mais infrações são cometidas por um concurso de pessoas, mas sem que sejam ao mesmo tempo e lugar. Existe um ajuste prévio entre os sujeitos para a prática delituosa, como, por exemplo, a atuação de uma quadrilha.

a3) Conexão intersubjetiva por reciprocidade: “ou por várias pessoas, umas contra as outras” (BRASIL, 1941). Na presente conexão também há a prática de duas ou mais infrações por diversas pessoas, mas entre si, umas com as outras. Há uma “reciprocidade de agressões”, como em brigas de torcidas organizadas (LOPES, 2017).

- b) A conexão objetiva ou lógica** se materializa consoante inciso II do art. 76: “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” (BRASIL, 1941). Nela também se mantém a pluralidade de delitos, só que um ou mais de um desses delitos foram praticados com objetivo de ocultar ou facilitar a realização de outros, buscando a impunidade ou obter vantagens.

- c) A conexão instrumental ou probatória,** por fim, prevista no inciso III, dispõe: “quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova

de outra infração” (BRASIL, 1941). O vínculo aqui é probatório, assim, a prova de um delito influi nas provas dos demais delitos. As ações serão reunidas em um mesmo processo para facilitar a produção e coleta de provas.

Outra forma de modificação da competência é continência, e, segundo MARCÃO (2017, p. 339) ela é “a relação de interdependência que ocorre quando uma coisa está indissociavelmente contida em outra. Por força dela, uma situação não pode ser separada da outra, daí a necessidade de análise conjunta”. A conexão está disposta no artigo 77 do CPP:



Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

- I. duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;**
- II. no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal. (BRASIL, 1941)**

Por conseguinte, o inciso I determina que ocorrerá a definição da competência quando houver uma simultaneidade de sujeitos e todos eles forem acusados pela prática da mesma infração, havendo a união dos processos para que não ocorra decisões contraditórias. Ela se diferencia da conexão intersubjetiva concursal, pois, há vários agentes, mas somente um único delito.



Refleta

Na competência por continência, os processos serão unidos sob o mesmo julgamento a fim de assegurar a eficiência, a economia processual e evitando-se sentenças conflitantes.

Mas, suponhamos que haja pluralidade de autores, sendo que só um deles ostenta o foro por prerrogativa de função? Qual será (ão) o (s) juízo (s) competente (s) para julgar os acusados?

O inciso II define uma “unidade delitiva por ficção normativa” nas palavras de Aury Lopes Junior (2017, p. 295). Ou seja, ele se refere às situações nas quais a prática dos vários delitos são vistos, pela ótica do Direito Penal, como uma só infração. O agente por meio de uma conduta omissiva ou comissiva, pratica mais de uma infração, podendo

ocorrer o concurso formal, previsto no art. 70, ou realiza um erro de execução, consoante o disposto no art. 73 ou mesmo têm um resultado diferente do planejado, art. 74 do CPP (BRASIL, 1941). Caro aluno, repare que apesar de o legislador se referir aos art. 51, 53 e 54 do Código Penal, esses dispositivos foram alterados na última grande reforma à parte geral do Estatuto Repressor em 1984. Desde então, não houve atualização do Código de Processo Penal. Em suma, quando você o art. 77 do CPP saiba que o dispositivo se refere, portanto, aos institutos do concurso formal, erro de execução ou resultado diverso do planejado, combinado?



Pesquise mais

Após o exame das causas de modificação de competência, conexão e continência, é importante refletirmos sobre seus efeitos jurídicos. Desta forma, não deixe de pesquisar sobre isso na doutrina especializada!

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

Ainda no tema da conexão e continência, é mister que examinemos o art. 78 do CPP (BRASIL, 1941), que aduz:

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

- I. no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;
- II. no concurso de jurisdições da mesma categoria:
 - a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;
 - b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;
 - c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos;
- III. no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;
- IV. no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta. (BRASIL, 1941)



O artigo supra traz as hipóteses de foro prevalente, ou seja, quando houver um conflito entre dois juízos, determina-se qual deles deverá prevalecer em virtude da conexão e continência.

Aluno, após examinar as hipóteses de conexão e continência que resultarão em uma unificação dos processos, poderá ocorrer a chamada separação de processos nessas mesmas causas de modificação de competência. A separação foi inserida nos artigos 79 e 80 do CPP, que afirmou:



Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:

- I. no concurso entre a jurisdição comum e a militar;**
- II. no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.**

§ 1º. Cessará, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum co-réu, sobrevier o caso previsto no art. 152.

§ 2º. A unidade do processo não importará a do julgamento, se houver co-réu foragido que não possa ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461.

Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação (BRASIL, 1941).

A diferença entre os dois mencionados artigos é que o 79 estabelece as situações em razão das quais a separação dos processos será obrigatória, ainda que ocorra a conexão ou continência. O art. 80 define as hipóteses em que a separação de processos será facultativa.

Por fim, para finalizarmos nosso estudo vamos estudar sobre a competência funcional. Tal competência deve ser analisada sob três diferentes perspectivas: fase do processo; objeto do juízo e grau de jurisdição. Assim, o que se quer dizer é que em um mesmo processo pode acontecer de mais de um juiz ser competente. Logo, a competência funcional pode determinar que um mesmo processo atue mais de um juiz, consoante a fase em que ele se encontra, como um juiz na fase do conhecimento, outro na fase de execução.

Esta competência não se confunde com aquela em razão da função/ou pessoa – competência *ratione personae/funcionae*) que já vimos anteriormente. Sob a perspectiva do objeto do juízo, a competência pode ser definida somente quando “os órgãos julgadores apenas podem atuar no processo em relação a uma parcela específica do seu objeto” (BONFIM, 2016). O exemplo clássico dessa competência é a do tribunal do júri que somente pode atuar respondendo os quesitos apresentados, para definir a condenação ou absolvição, ao mesmo tempo que ao juiz compete proferir a sentença, determinar a pena e o regime. E a competência funcional quanto ao grau de jurisdição, também conhecida como competência vertical, se refere aos diferentes julgadores que atuam no processo nas diversas instâncias, eis que o julgador do recurso de apelação será diferente do julgador que proferiu a sentença de primeiro grau.

Caro aluno, chegamos ao final de nossa seção sobre competência! Vamos agora resolver a situação do engenheiro Jorge?

Sem medo de errar

Para solucionar a situação de Jorge é importante notar que a Editora Plagiar, pertencente ao sr. João Plagiador, e sua esposa, Maria, publicou o livro de Jorge em São Paulo (SP) em local distinto de onde o material foi efetivamente comercializado, isso porque a gráfica da editora, bem como sua sede, localizavam-se em Curitiba (PR). Contudo, a venda do livro só tinha sido efetuada na cidade de São Paulo (SP), conforme declarações dos envolvidos.

Qual era a dúvida do promotor de justiça? Se a gráfica e a própria sede da editora se situam em Curitiba (SP), não seria o juízo competente para apreciar o feito o órgão da justiça estadual de primeira instância localizado na capital paranaense? Ou o fato de ter sido comercializado somente em São Paulo (SP), o crime não deveria ser analisado na capital paulista? Qual o foro será competente para apreciar esse processo? E a vara?

Essa é uma questão que exige um raciocínio um pouco mais complexo. E por qual motivo? Temos que entender que o CPP determinou, como regra de competência, que o juízo competente será aquele que se encontra no local da infração. Como local da infração, para o CPP, é o lugar onde o delito restou consumado, logo devemos analisar se todos os elementos do tipo penal, ora em análise,

foram preenchidos neste caso. Vamos ler o tipo pelo qual o Sr. João está sendo investigado? O §1º do art. 184 anuncia que é crime:



Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (...)§ 1º
Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Repare que a violação do direito autoral ocorreu na gráfica de onde saíram os exemplares plagiados que seriam vendidos no estado de São Paulo. Ocorre que a venda em si dos livros plagiados restou-se apenas como o exaurimento do delito, já que aqueles elementos que formam o tipo-penal já tinham sido todos correspondidos na própria comarca de Curitiba (PR). Nesse sentido, para evitar qualquer contratempo futuro, o Ministério Público de São Paulo poderá solicitar o encaminhamento dos autos para o Tribunal de Justiça do Paraná, comarca de Curitiba, para que lá o MP ofereça a denúncia contra os autores do delito.

Avançando na prática

Competência processual

Descrição da situação-problema

Marilene, secretária e moradora de Betim (MG), foi ao cirurgião plástico, Zezé, que tinha uma clínica em Contagem (MG), para fazer uma cirurgia de lipoaspiração com objetivo de eliminar gorduras localizadas que a incomodavam depois de ter emagrecido vários quilos. Após a consulta, Marilene se preparou conforme o que foi recomendado pelo seu médico e, no dia marcado, foi realizar a operação em Contagem. O procedimento correu em perfeita normalidade e Marilene foi liberada para voltar para sua casa em Betim. Todavia, nos dias que se seguiram Marilene não se sentiu bem, sentindo dores nas pernas, que também incharam demais. O marido de Marilene, preocupadíssimo, ligou várias vezes para Zezé buscando informações sobre o que fazer. Sem

consultar pessoalmente sua paciente, Zezé, que se encontrava em Contagem, indicou dois remédios para resolver a situação. Quatro dias após a cirurgia, tendo seu quadro clínico piorado, Marilene foi internada no hospital, e descobriu que havia se formado um coágulo após o procedimento cirúrgico, sendo diagnosticada com uma trombose. Em razão da piora do seu quadro, Marilene faleceu. Seu marido, revoltado, comunicou à autoridade policial a conduta negligente de Zezé, para que se pudesse iniciar um inquérito policial. Zezé foi posteriormente processado pela prática de homicídio culposo, em razão de sua negligência no pós-operatório de Marilene, pois nem a examinou pessoalmente para fazer um diagnóstico correto.

Contudo, o MP ajuizou a ação em Contagem (MG), que foi o local onde a conduta negligente foi praticada e que resultou no óbito de Marilene. Após a condenação, já em sede de Recurso Ordinário, a defesa de Zezé recorreu alegando que, apesar de ser um crime plurilocal, ou seja, o delito se consumou em local diverso daquele no qual foram praticados os atos executórios, o juízo competente era o do local da consumação, Betim, conforme art. 70 do CPP (que estabelece que a competência para o julgamento de uma ação, será, via de regra, apontada pelo lugar em que se consumou o delito). Desta forma, consoante o disposto no Código de Processo Penal, na doutrina e jurisprudência, será possível a prorrogação de competência?

Resolução da situação-problema

O art. 70 do CPP busca resolver situações de conflito de competência territorial, ou seja, quando a infração é cometida em território de duas ou mais seções judiciárias, os chamados crimes plurilocais. E o artigo claramente dispõe que o local do crime é aquele em que se consumou o delito, isto é, no lugar em que ocorreu o resultado.

Porém, com intuito de facilitar a instrução criminal e a coleta de provas, a doutrina e a jurisprudência do STF e STJ, excepcionaram a regra do art. 70 do CPP, afirmando que em situações de crime contra a vida, será aplicada a Teoria da Atividade, que determina que a competência é do local onde foi praticada a conduta delituosa. Assim, nos casos em que o óbito da vítima ocorra em local diverso de onde foram praticados os atos executórios, será competente este último.

Seguindo esse entendimento, no caso de Marilene, a comarca de Contagem, local onde Zezé praticou a conduta delituosa, é o

competente para processar e julgar a ação. O STF, em recente julgado, ratificou essa possibilidade excepcional de deslocamento da competência para foro diverso do local onde se deu a consumação do delito (CPP, art. 70) (PRIMEIRA TURMA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 116.200 RIO DE JANEIRO- RHC 116200/RJ, rel. Min. Dias Toffoli julgado em 13/08/2013).

Faça valer a pena

1. De acordo com Lopes Jr., as regras sobre competência poderão sofrer alterações quando ocorrer a “conexão ou continência, verdadeiras causas modificadoras da competência e que têm por fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo. Na conexão, o interesse é evidentemente probatório, pois o vínculo estabelecido entre os delitos decorre da sua estreita ligação” (2017, p. 293).

De acordo com o art. 76 do CPP, ocorrerá conexão instrumental quando:

- a) Duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas;
- b) Duas ou mais infrações, houverem sido praticadas várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar.
- c) Duas ou mais infrações, houverem sido praticadas várias pessoas, umas contra as outras.
- d) No mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas.
- e) A prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

2. Como se pode depreender da leitura do art. 69 do CPP, a competência poderá ser definida consoante o lugar da infração (I) ou pelo domicílio ou residência do réu (II). A regulamentação da competência de acordo com o lugar da infração foi estabelecida nos artigos 70 e 71 do CPP. O art. 71 aduz que a “competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução” (BRASIL, 1941).

Quanto à competência territorial, é correto afirmar:

- a) As normas de competência previstas no Código de Processo Penal brasileiro se aplicam mesmo em situações nas quais a infração é praticada fora do território nacional.
- b) O ordenamento brasileiro adotou somente a teoria da ubiquidade ao definir que o local do crime é aquele onde se desenrolou a conduta e também onde ocorreu a consumação.
- c) O ordenamento brasileiro adotou somente a teoria da atividade, que estabelece ser o local da infração é aquele no qual foi praticada a conduta criminosa pelo agente.
- d) O Código de Processo Penal adotou a teoria do resultado, que dispõe ser o local da infração aquele no qual ela se consumou ou, no caso de tentativa, onde foi realizada a última conduta de execução.
- e) O Código de Processo Penal adotou a teoria mista, segundo a qual o local da infração é o lugar onde foi realizado ou deveria ser realizado o resultado da conduta delituosa.

3. Carmo em uma discussão com sua esposa, Carmelita, se exaltou e acabou assassinando-a com vários golpes de faca. Sem saber o que fazer, despejou o corpo dentro do poço de água de seu vizinho, Odair. Na manhã seguinte ao crime, Odair descobriu os restos mortais de Carmelita em sua propriedade e com medo de retaliação de Carmo, uma pessoa violenta, e temendo ser condenado injustamente pela prática do homicídio, ele deliberadamente queima o corpo e enterra o que sobrou em seu quintal.

A respeito do caso acima, responda corretamente:

- a) O caso se refere a uma hipótese de conexão intersubjetiva por concurso, no qual várias pessoas em concurso, praticam duas ou mais infrações, embora diverso o tempo e o lugar.
- b) O caso se refere a uma hipótese de conexão objetiva ou lógica, no qual várias pessoas praticam duas ou mais infrações com objetivo de facilitar ou ocultar as outras para conseguir impunidade.
- c) Caso se refere a uma hipótese de continência, segundo art. 76, inciso II, do CPP, em razão da prática do homicídio e ocultação de cadáver.
- d) Apesar de ser hipótese de continência, os processos não serão julgados concomitante em razão da separação obrigatória, prevista no art. 79, CPP.
- e) Apesar de ser hipótese de conexão, os processos serão julgados conforme o critério estabelecido pela distribuição e não pelo possível vínculo entre as infrações.

Referências

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, **Código de Processo Penal**, decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 maio 2018.

_____. **Código Penal**, 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.

_____. **Código Penal Militar**, decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 25 maio 2018.

_____. **Constituição da República**, promulgada em 05 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 abr. 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: 23 jul. 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: 23 jul. 2018.

_____. **Lei de n. 9099 Promulgada em 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Súmulas**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

CAMPOS, Walfredo C. **Processo Penal**. Coleção preparatória para concursos jurídicos. v. 13. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

LIMA, Renato B. de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio P. **Curso de processo penal**. 13ª edição, 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodium, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 702. Disponível em: <<https://goo.gl/zNN6Li>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 721**. Disponível em: <<https://goo.gl/KBpUWB>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Das medidas cautelares no processo penal

Convite ao estudo

Caro aluno, alcançamos agora a terceira unidade de nosso material didático; que longo caminho já percorremos, hein?! Adentraremos ainda mais no exame do processo penal brasileiro, abordando temas como questões prejudiciais, medidas assecuratórias, medidas cautelares, as prisões processuais e, ao final, examinaremos os meios através dos quais é possível restabelecer a liberdade de um investigado/réu preso temporariamente.

Em nosso estudo, temos a situação de Toninho e Marcelo, que abordaram Salvador num local ermo da cidade de Vitória, capital do Espírito Santo, e buscaram subtrair, mediante violência e grave ameaça, seus pertences. A vítima, por outro lado, estava decidida a resistir ao assalto, eis que havia acabado de sacar R\$ 1.250,00 do caixa eletrônico de um banco próximo para comprar remédios em favor da sua esposa, que sofria de uma doença grave. Salvador lutava contra os dois homens quando, em um determinado momento, os bandidos desferiram golpes de faca contra o peito da vítima, o que reduziu por completo sua capacidade de defesa e facilitou a subtração da quantia pelos assaltantes, que empreenderam fuga com o dinheiro, logo em seguida. Salvador foi encaminhado imediatamente para o hospital, mas não resistiu aos ferimentos, falecendo dois dias depois do assalto. O corpo foi encaminhado, dessa forma, para o IML com o objetivo de proceder ao Exame de Corpo de Delito e, assim, apurar a *causa mortis* da vítima.

Enquanto isso, Toninho e Marcelo se encontraram com um tal de sr. Rufino num bar localizado perto do bairro onde

ocorreu o assalto. Nessa oportunidade, os dois delinquentes portavam os pertences da vítima e a arma empregada para o assalto. Os dois estavam satisfeitos com a ação criminosa, mas mal sabiam que policiais já estavam colhendo informações para prendê-los.

Perante essa situação, como se desenrolará o processo de Toninho, Marcelo e Rufino? Vamos juntos resolver essa demanda?!

Seção 3.1

Questões prejudiciais e medidas assecuratórias

Diálogo aberto

Caro aluno, tudo bem? Prosseguiremos nossa jornada de estudo de Noções de Processo Penal e, agora, direcionaremos nossa atenção para as questões prejudiciais e medidas assecuratórias. Desta forma, examinaremos as espécies de questões prejudiciais e sua previsão legal, as exceções, com suas espécies de procedimentos, bem como as suspeições, impedimentos e incompatibilidade. Por fim, analisaremos as medidas assecuratórias e incidente de falsidade. Estão comigo? Então, vamos lá!

Estão lembrados de Toninho e Marcelo que subtraíram os pertences de Salvador que acabou falecendo em decorrência de golpes de faca? Ele foi encaminhado para o hospital e, durante o trajeto, os socorristas perguntaram para a vítima o que tinha acontecido e ela teria afirmado que conseguiu identificar os dois assaltantes, que eram vizinhos dela – tratava-se de Toninho e Marcelo. Com base nessa informação, a Polícia conseguiu localizar os envolvidos num bar próximo do local onde ocorreu o crime. Toninho e Marcelo estavam portando objetos da vítima e a arma do crime. Os dois também estavam acompanhados do sr. Rufino, que era um amigo próximo, mas não tinha qualquer relação com o latrocínio. Tendo encontrado os dois envolvidos, a Polícia deu ordem de prisão em flagrante para os três indivíduos, de acordo com o art. 302, inciso IV do Código de Processo Penal.

A polícia ainda ouviu algumas testemunhas, que alegaram ter ouvido apenas gritos de assalto e socorro. Com o auto de prisão em flagrante e com a abertura do inquérito policial, foram indiciados Toninho, Marcelo e Rufino. O inquérito foi encaminhado imediatamente ao juiz da Vara de Criminal da comarca de Vitória (ES), tendo sido distribuído ao juiz Nicolau que, coincidentemente, era inimigo capital de Rufino. Chegou a hora de você analisar a situação, de verificar as provas, exceções, e situações específicas que podem influenciar no caso e na apuração da verdade. Será que

esse juiz está apto a julgar o processo? O que será que pode ser feito? Será que toda essa situação é compatível com os ideais de justiça? Como arguir parcialidade do juiz no processo/inquérito?

Não pode faltar

Seguindo o nosso Código de Processo Penal, após a competência, tema por nós já estudado, são apresentados os artigos referentes às questões e processos incidentes, iniciando pelas questões prejudiciais. As questões prejudiciais são situações que surgem no decorrer do processo e que demandam solução antes da decisão da ação penal, de modo que o juiz desta, pode suspender o seu curso, até que a questão seja decidida em outra esfera que não a penal. Elas são consideradas como prejudiciais justamente porque atuam como pressupostos para a continuidade da demanda penal em curso, tendo, logo, vínculo direto com o crime. Segundo Aury Lopes (2018), trata-se de questão sobre a qual o juiz penal não tem competência para apreciar, embora verificará a intensidade da prejudicialidade sobre o julgamento penal, pelo que ele deverá analisar se se trata de suspender o trâmite do processo-crime até a resolução na esfera cível (ou mesmo tributária e administrativa).

Assim, se são questões fora da jurisdição penal, quem deverá julgar tais prejudiciais? Na verdade, para se chegar a tal resposta é importante que façamos a distinção entre questões prejudiciais **facultativas e obrigatórias**.

As **questões prejudiciais obrigatórias** são aquelas que não podem ser julgadas na esfera penal, ou seja, cabe ao juiz penal somente analisar se tal questão é pertinente para a configuração do crime, e, se for, a ação penal será suspensa até a decisão do juízo cível. O artigo 92 do CPP trata justamente dessa hipótese, vejamos:



Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar 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, grifo nosso)

Podemos citar como exemplo de questão prejudicial obrigatória a existência de um casamento anterior, em uma ação penal de um crime de bigamia (artigo 235 CP). Deste modo, para a configuração do crime de bigamia é imprescindível que um dos cônjuges tenha contraído prévio casamento. Como se sabe quem analisa a existência ou validade deste estado civil das pessoas não é a jurisdição penal, mas sim a cível (LOPES, JR., 2017). É importante ressaltar que aqui a suspensão é obrigatória, pois a ação penal só poderá prosseguir após a decisão da questão prejudicial. Apesar disso, como disposto no artigo 92 do CPP, o juiz penal poderá continuar com a coleta de provas, como a inquirição das testemunhas e outras provas que considerar urgente. A prescrição também está suspensa, consoante artigo 116 do CP:

Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

- I- enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime. (BRASIL, 1940)

As **questões prejudiciais facultativas** são aquelas de temas que não tratam do estado civil das pessoas, mas que ainda são de competência do juízo cível, podendo o juiz suspender ou não a ação penal em curso. Essas hipóteses estão no artigo 93 do CPP:

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente. (BRASIL, 1941)

Com a leitura do artigo supra, percebe-se que é imprescindível que haja uma ação no juízo cível sobre a matéria analisada e que “essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite” (BRASIL, 1941).



Exemplificando

De tal modo, suponhamos que esteja em curso uma ação penal sobre invasão de propriedade, mas no juízo cível há uma demanda sobre a titularidade da propriedade.

Poderá haver, no juízo penal, a suspensão do processo, até que o litígio na esfera cível seja devidamente decidido.

Para que ocorra a suspensão, o juiz penal irá realizar a coleta das provas testemunhais e outras de caráter emergencial e determinará o prazo da suspensão, que pode ser prorrogável, caso a demora na solução não decorra de atos da parte. De tal modo, se ao final do prazo o juízo cível não tiver decidido, ele, juiz penal, “fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa” (artigo 93, § 1º do CPP).

E se ele decidir por não suspender o processo? A ação penal seguirá seu curso, normalmente, podendo a parte, se sentir prejudicada, impetrar habeas corpus, de modo a trancar a ação “por atipicidade do fato” (LOPES, Jr., 2017).



Assimile

É importante ressaltar que tanto nas questões prejudiciais **obrigatórias** quanto nas **facultativas**, a suspensão do processo pode ser decretada pelo juiz, *ex officio*, ou a requerimento das partes, conforme o disposto no artigo 92.

Vamos memorizar? Há dois requisitos para o reconhecimento da questão prejudicial facultativa prevista no art. 93 do CPP. É necessário que exista previamente uma ação cível sobre uma matéria que necessariamente prejudicará a análise da infração penal e que tal situação possa ser comprovada pelo respectivo processo.

As questões prejudiciais previstas nos artigos 92 e 93 do CPP são conhecidas como **questões prejudiciais heterogêneas**, pois a solução da demanda penal, em regra, depende de uma decisão da esfera cível (tributário e administrativo também para Aury Lopes). Mas, é inegável a existência das **questões prejudiciais homogêneas**,

que são aquelas que dependem de uma decisão judicial prévia para que a ação penal em curso continue. A diferença aqui, todavia, é que a decisão judicial a que nos referimos será no âmbito penal, como em um caso de exceção da verdade em um delito de calúnia, ambas da esfera criminal (CAPEZ, 2017).

Aluno, após examinarmos as questões prejudiciais, suas características e previsão legal, é o momento de estudarmos as exceções. As exceções se referem a formas de defesa do réu, mas que não se materializam pelo exame do mérito, ao contrário, elas ocorrem de forma indireta, e serão decididas em apartado.

Elas podem ser classificadas em: exceções dilatórias e exceções peremptórias.

As **exceções dilatórias** são defesas que não culminarão na extinção do processo, elas somente implicarão na prorrogação do seu curso. Dentre essa classificação, podemos incluir a suspeição (que também podemos incluir o impedimento), a ilegitimidade das partes e a incompetência.

Já as **exceções peremptórias** são aquelas que, quando admitidas, acarretarão na extinção da ação penal, como a coisa julgada e a litispendência.

As exceções se assemelham às questões prejudiciais eis que ambas devem ser analisadas antes do julgamento do mérito da ação penal em curso. Elas são, desta forma, "questões jurídicas cuja análise precedente ao mérito se impõe ao juiz do feito, com o objetivo de decidir sobre a ausência, ou não, de pressupostos processuais e condições da ação" (MARCÃO, 2017, p. 368).

De acordo com o artigo 95 do CPP (BRASIL, 1941):

Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:

- I- suspeição;
- II- incompetência de juízo;
- III- litispendência;
- IV- ilegitimidade de parte;
- V- coisa julgada;

”

Salvo as exceções de suspeição, todas as demais previstas no artigo 95 do CPP podem ser opostas de forma oral ou por escrito;

podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, e, via de regra, não suspendem o processo, correndo em autos apartados. Elas também devem ser apresentadas conforme o prazo de defesa do réu, consoante artigo 396-A, §1º do CPP.

A **exceção de suspeição**, de acordo com artigo 96 do CPP, “precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente” (BRASIL, 1941). Podemos perceber, então, que o Código ressaltou a relevância da suspeição, ao dispor que ela será decidida primeiramente, em detrimento das demais. É considerada uma exceção *ratione materiae* e está regulamentada nos artigos 96 a 107 do CPP.

As **situações de impedimento** são aquelas que podem afetar a **imparcialidade da Justiça**, em confronto com o princípio do juiz imparcial.



Pesquise mais

As hipóteses de suspeição estão estabelecidas no artigo 254 até 256 do CPP (BRASIL, 1941). Não deixe de os ler e estudá-los na doutrina especializada!

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 304-307.

A suspeição pode ser arguida de ofício pelo juiz, que deverá realizá-la por escrito, fundamentando-a, e, posteriormente, deverá enviar o processo ao juiz substituto, intimando as partes (artigo 97 do CPP). Ela também pode ser oposta pelas partes, incluindo o membro do Ministério Público, sendo feita por meio de petição assinada pela parte que a apresentou, ou por seu procurador, juntamente com as provas documentais e o rol de testemunhas, se houver (artigo 98 do CPP). Caso o juiz não reconheça a suspeição, ele deverá dar sua resposta em três dias, autuando a suspeição em apartado, instruindo-a com provas documentais e/ou arrolar testemunhas, para depois enviar os autos para serem julgados pelo órgão ou juiz competente no prazo de vinte e quatro horas.

Como a exceção se processa em autos apartados, em regra, o processo penal principal continuará seu curso. De tal modo, para

evitar prejuízo, a parte que arguiu a exceção de suspeição poderá pleitear a suspensão dos autos principais até a decisão da suspeição (artigo 102 do CPP). Caso a suspeição seja julgada procedente será declarada a **nulidade** do processo, “pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável”, porém, caso, seja “rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa” (artigo 101 do CPP). Observa-se, caro aluno, que excipiente é a parte que opõe a suspeição e excepto é o juiz que foi objeto da exceção.



Refleta

Quando mencionamos exceção de suspeição, logo se pensa no juiz. Mas, será possível a arguição de suspeição em face do promotor, ou qualquer outra pessoa que tenha interferência no processo, como os serventuários da Justiça?

Porém, se o juiz reconhecer a suspeição, deverá suspender o processo, declarar suspeito e enviar os autos, já instruído com a petição do excipiente e seus documentos, para o juiz substituto (artigo 99 do CPP).



Assimile

De acordo com o artigo 107 do CPP: “não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal” (BRASIL, 1941).

Em se tratando de suspeição de integrantes dos tribunais, ela se processará conforme o previsto nos regimentos internos de cada um (PACELLI, 2017).

Aluno, vamos agora estudar as demais exceções? A **exceção de incompetência** é aquela relacionada com a competência, que estudamos na unidade anterior. Está lembrado da competência absoluta e a relativa? Então, exceção de incompetência, em uma linha lógica, só poderá ser arguida em face da competência relativa, isto é, a competência territorial. Ela poderá ser arguida pelo réu, no momento de apresentar sua resposta, sob pena de preclusão se não o fizer. A incompetência relativa também pode ser reconhecida

de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, conforme podemos concluir com análise do art. 109 do CPP:



Art. 109. Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior. (BRASIL, 1941)

Em caso de incompetência absoluta, em razão da sua tutela pela Constituição Federal, poderá ser arguida pelas partes a qualquer tempo, e resultará na anulação do processo.

Quanto à exceção, ainda temos que mencionar a **exceção de litispendência**, que ocorre quando um mesmo réu é processado em dois autos distintos pela mesma conduta delituosa, ou seja, ao réu são imputadas duas acusações, sobre o mesmo fato e conduta, mas em processos distintos. Desta forma, fundado no princípio do *non bis in idem*, um dos processos deverá ser extinto, não havendo que se falar em suspensão do processo. Por fim, é importante não esquecermos da **exceção de coisa julgada**, que nada mais é do que uma exceção peremptória que é arguida quando o acusado já tiver sido condenado pelo mesmo fato em questão. De acordo com o art. 110, § 2º do CPP, “a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença” (BRASIL, 1941). Assim, na verdade, ela implica na existência de uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, quanto ao fato principal que foi tema da segunda ação penal.



Pesquise mais

Aluno, a coisa julgada tem algumas exceções em nosso ordenamento. Uma delas é justamente a revisão criminal, prevista em nossa Carta Magna. Para saber mais, sugerimos a leitura dos artigos 621 e ss do CPP.

Outra exceção ocorre quando, por um erro do Poder Judiciário, o réu é condenado por duas vezes em dois processos distintos pelos mesmos fatos. Neste caso, prevalecerá a condenação com a pena mais baixa. Percebeu o que há de comum nessas duas hipóteses? Para

saber mais sobre esse posicionamento e o princípio que o fundamenta, pesquise na jurisprudência.

STJ. 6ª Turma. HC 281.101-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 03/10/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0616.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2018.

Aluno, quando mencionamos **medidas assecuratórias** estamos nos referindo às diligências tomadas de forma a assegurar que a vítima receba um ressarcimento pelo dano sofrido, de modo que ao longo do curso do processo a vítima não saia prejudicada. Tais medidas podem ser: arresto, hipoteca legal e sequestro. Elas são provisórias e instrumentais, pois elas têm um tempo limitado de duração e visam garantir uma medida a ser tomada posteriormente.

O sequestro se configura como a entrega a um terceiro do bem em litígio, de modo que esse terceiro será uma espécie de depositário, que aqui chamamos de sequestrário. De acordo com art. 125 do CPP, “caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro” (BRASIL, 2017). Para que se decrete tal medida, é suficiente que haja indícios “veementes da proveniência ilícita dos bens” (art. 126 do CPP).



Assimile

Fundamentos cautelares do sequestro, art. 126 do CPP (BRASIL, 1941):

- Existência do crime
- Indícios de origem ilícita dos bens
- Fundamento implícito: perigo da demora, art. 131, inc. I do CPP

Por outro lado, a hipoteca legal é uma medida que será aplicada a um bem imóvel do acusado, para que este bem atue como uma garantia real de ressarcimento ao ofendido, bem como assegurará o pagamento de multas e custas legais. Ela pode ser requerida em qualquer fase do processo, mas desde que existam “indícios da autoria e a certeza da infração” (artigo 134 do CPP).

Por fim, o arresto pode recair sobre bens móveis que possuam uma origem lícita, conforme desprendemos do artigo 137 do CPP:



Art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis.

§ 1º. Se esses bens forem coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á na forma do § 5º do art. 120.

§ 2º. Das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família. (BRASIL, 1941)

Logo, o arresto pode recair sobre bens móveis passíveis de penhora, excluindo todos aqueles que se encontram no rol dos absolutamente impenhoráveis, e só ocorrerá quando o indivíduo responsável não possuir bens imóveis ou não puder acontecer a hipoteca legal. Na realidade, existem duas modalidades de arresto: a primeira, que analisamos acima, se trata de uma medida para assegurar uma futura satisfação da responsabilidade civil, enquanto que a segunda modalidade de arresto se refere a bens imóveis e se configura como uma medida de preparação para a hipoteca de bens imóveis, conforme o disposto no art. 136 do CPP, que dispõe que deverá ocorrer a inscrição da hipoteca no prazo de 15 dias após a decretação do arresto, sob o risco de tal medida ser revogada.

Aluno, antes de finalizarmos nosso estudo, é imprescindível que abordemos o incidente de falsidade. Já ouviram falar nessa expressão?

Esse incidente se materializa quando há dúvidas sobre a veracidade de um documento apresentado em juízo, ou seja, há uma suspeita de falsidade em relação a ele. Neste caso, arguiu-se esse incidente para que ocorra uma investigação quanto a sua autenticidade, que pode ser tanto material quanto ideológica (BONFIM, 2016). De acordo com o CPP:



Art. 145. Arguida, por escrito, a falsidade de documento constante dos autos, o juiz observará o seguinte processo:

- I- mandará autuar em apartado a impugnação, e em seguida ouvirá a parte contrária, que, no prazo de 48 horas, oferecerá resposta;
- II- assinará o prazo de 3 dias, sucessivamente, a cada uma das partes, para prova de suas alegações;
- III- conclusos os autos, poderá ordenar as diligências que entender necessárias;
- IV- se reconhecida a falsidade por decisão irrecorrível, mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público. (BRASIL, 1941)

O incidente pode ser suscitado por qualquer uma das partes envolvidas, pelo Ministério Público e até de ofício pelo julgador, podendo ser arguida em qualquer fase do processo. Se for feita por procurador, é imprescindível que ele possua poderes especiais, segundo art. 147 do CPP. Todavia, devemos atentar que se acolhido o incidente, seus efeitos somente se estendem ao documento em questão. Portanto, o incidente de falsidade não é o objeto do processo, como a falsidade ideológica ou falsidade material, mas sim a inserção de uma prova falsa em uma investigação. Não há previsão de suspensão e a decisão sobre esse incidente não gera trânsito em julgado material.



Pesquise mais

Não deixe de pesquisar sobre o incidente de insanidade mental do acusado, que é aquele suscitado quando há dúvidas sobre a saúde mental do réu. Esse tema está disposto nos artigos 149 a 154 do CPP.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 329-331.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 430-436.

Aluno, chegamos ao final de nosso estudo. Espero que tenha compreendido todos esses institutos do processo penal. Nos vemos na próxima seção. Até lá!

Toninho, Marcelo e Rufino foram presos em flagrante pela autoridade policial depois que foram localizados juntos com pertences da vítima e a arma utilizada para feri-la. Os três foram encaminhados para a delegacia e prestaram declarações para a autoridade policial. O inquérito foi encaminhado para o juiz da vara criminal de Vitória (ES) que coincidentemente era inimigo capital de Rufino. Será que essa situação atrapalha o exercício jurisdicional?

Para resolução da situação de Toninho, Marcelo e Rufino e o imbróglio com o juiz inimigo deste último, será necessário arguir uma exceção de suspeição, conforme o disposto no art. 254 do CPP que dispõe “o juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles” (BRASIL, 1941).

Desta forma, ele não será apto para julgar o processo, devendo, se não suscitar de ofício essa exceção, receber a petição assinada pela parte que a apresentou, ou por seu procurador, juntamente com as provas documentais e o rol de testemunhas, se houver.

Assim, caso ele não reconheça a suspeição, deverá dar sua resposta em três dias, autuando a suspeição em apartado, instruindo-a com provas documentais e/ou arrolar testemunhas, para depois enviar os autos para serem julgados pelo órgão ou juiz competente no prazo de vinte e quatro horas.

Todavia, se esse juiz reconhecer a suspeição, ele deverá suspender o processo, se declarar suspeito e enviar os autos, já instruído com a petição do excipiente e seus documentos, para o juiz substituto (art. 99 do CPP).

As partes, mas sobretudo Rufino, poderão, para evitar prejuízo, pleitear a suspensão dos autos principal até a decisão da suspeição (art. 102 do CPP).

Caso a suspeição seja julgada procedente será declarada a **nulidade** do processo, “pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável”, porém, caso, seja “rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa” (art. 101 do CPP).

Pode isso, Arnaldo?

Descrição da situação-problema

Ricardo foi um estudante frustrado; tentou por vários anos ser aprovado em um vestibular de medicina, mas nunca obteve êxito. Depois de várias tentativas fracassadas, ele começou a clinicar clandestinamente em um município relativamente perto de sua cidade natal. Contudo, após alguns anos ele foi denunciado, processado e condenado pela prática do exercício ilegal da medicina, com pena total de 2 anos. Todavia, por um erro no Ministério Público, seis meses após sua condenação, ele foi denunciado outra vez pelo mesmo fato e mesma conduta. O processo seguiu seu curso e ele foi condenado a uma pena de 1 ano e 8 meses. Com a chegada de um novo promotor na comarca, ele descobriu o erro e apurou que ambas sentenças já haviam transitado em julgado. Desta forma, como que o novo promotor poderá resolver essa situação? Qual processo deverá ser anulado? O primeiro? Ou o mais benéfico ao réu?

Resolução da situação-problema

O caso de Ricardo ainda não possui uma jurisprudência uniformizada pelos tribunais superiores. Contudo, em uma decisão do STJ, o tribunal entendeu que em situações nas quais existam duas condenações do mesmo réu pela mesma conduta delituosa e, em ambos os processos as sentenças já tenham transitado em julgado, a sentença mais favorável ao réu deverá ser mantida, respeitando o princípio do *favor libertatis*.

Logo, em tese, o promotor deverá agir no sentido de pleitear a nulidade do processo crime que impôs a pena mais severa e será esta anulada, já que possui uma pena mais alta, e será mantido o segundo processo que o condenou a uma pena de 1 ano e 8 meses de prisão.

Em resumo, diante do trânsito em julgado de duas sentenças condenatórias contra o mesmo condenado, por fatos idênticos, deve prevalecer a condenação mais favorável ao réu. Não importa qual processo tenha iniciado antes ou em qual deles tenha ocorrido primeiro o trânsito em julgado. O que irá prevalecer é a condenação que foi mais favorável ao réu. STJ. 6ª Turma. HC 281.101-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 03/10/2017.

Faça valer a pena

1. Jayme, conhecido como lábios de mel, está sendo investigado em Belo Horizonte (MG) pelo crime de bigamia. Segundo os autos, antes de se casar com Gláucia, em 2017, ele já havia se casado com Érica, na cidade de Guaxupé (MG), em meados de 2006. Contudo, Jayme alega que o casamento era nulo, porque Érica tinha 13 anos quando celebraram o matrimônio e ele desconhecia essa situação.

Para que o processo penal de Jayme se conclua será necessário o julgamento de uma:

- a) Exceção de suspeição.
- b) Exceção de incompetência.
- c) Questão prejudicial facultativa.
- d) Questão prejudicial obrigatória.
- e) Questão prejudicial homogênea.

2.



[...] O Direito Processual Penal brasileiro não pode mais ser aplicado com base na estrutura do ainda vigente Código de Processo Penal parece não haver dúvidas. A Constituição da República, de há muito, lançou novas luzes sobre a matéria. (...) nesse quadro, os princípios fundamentais do processo não podem afastar-se de tal missão. Princípios, então, que se apresentam como normas fundantes do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. O Direito Processual Penal, portanto, é, essencialmente, um Direito de fundo constitucional. Mas, embora seja possível visualizar os

princípios constitucionais como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos, deve-se assinalar, ao menos como referência distintiva em relação às regras jurídicas, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isso ocorre pela maior abstração de seus comandos, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente seguros que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em tema de Direito e de Direito Processual Penal, a realização de um direito individual nem sempre se faz sem o tangenciamento de direito alheio. (PACELLI, 2017, p. 37)

De acordo com os princípios que regem o processo penal brasileiro, a exceção de suspeição busca observar qual princípio?

- a) Da publicidade.
- b) Da indivisibilidade.
- c) Do *ne bis in idem*.
- d) Da Inércia Jurisdicional.
- e) Do juiz imparcial.

3. As exceções são maneiras pelos quais o réu pode se defender em um processo, mas que se processam de forma separada, em apartado dos autos principais, de modo que não há um exame de mérito e que podem ser dilatórias, somente implicando na prorrogação do curso da ação penal, ou peremptórias, que, caso forem admitidas, resultarão na extinção do processo penal.

Em um processo penal no qual poderão ser arguidas mais de uma exceção, qual será a ordem de arguição?

- a) incompetência;
- b) de coisa julgada;
- c) impedimento;
- d) litispendência;
- e) suspeição.

Seção 3.2

Das medidas cautelares pessoais

Diálogo aberto

Caro aluno, depois de aprendermos as principais noções sobre questões prejudiciais, exceções, suspeição e medidas assecuratórias, passaremos agora ao estudo das medidas cautelares pessoais. Focaremos, então, no estudo de suas espécies, previsão legal e finalidade, bem como analisaremos as medidas diversas da prisão e, por fim, na próxima seção abordaremos as espécies prisão cautelar.

Muitos podem estranhar a disposição desse material que preferiu, ao contrário de todos os outros manuais, iniciar pelas medidas cautelares diversas da prisão. A justificativa é simples; já aceitamos o sistema acusatório como modelo orientador do processo penal brasileiro, mas ainda sentimos dificuldade para nos habituar com ele. Trata-se de um hábito ou vício de pensamento que prefere explorar as prisões em primeiro lugar para, em seguida, tratar como residuais (ou seja, diante da impossibilidade da privação da liberdade) as medidas cautelares diversas da prisão. Contudo, a lógica deve ser justamente inversa. Isso porque, a prisão processual, assim como a própria pena definitiva devem ambas ser pautadas pelo princípio da *ultima ratio*. Dessa forma, diante da insuficiência ou incapacidade das medidas cautelares para cumprirem com os fins propostos, deve-se analisar a necessidade e aptidão das prisões cautelares. Esse erro deve-se à própria legislação que também trabalha com as prisões em flagrante e preventiva para depois descrever as demais medidas cautelares. Entretanto, um erro não justifica outro.

Para nos contextualizarmos com o tema continuaremos com o caso do Toninho, Marcelo e Rufino, que já começamos a examinar anteriormente. Durante a fase do inquérito, após a decretação de prisão em flagrante de Toninho e Marcelo, Rufino, que estava com eles, também foi detido. Na audiência de custódia a que todos foram submetidos, o promotor responsável pelo caso afirmou que o crime era demasiadamente grave e exigia a manutenção da privação da liberdade para dar satisfação à sociedade que acompanhava as

investigações e exigia do poder judiciário uma resposta contundente a este e a outros crimes praticados na região. Alternativamente pedia a liberdade provisória com fiança em valores realmente elevados. O juiz Nicolau reconheceu, já na própria audiência de custódia, a suspeição para julgar o caso, redistribuindo o inquérito para outro magistrado. O juiz Mariosvaldo dos Santos analisou o flagrante e reconheceu a legalidade do ato. Depois disso, o mesmo magistrado passou a analisar a defesa do Sr. Rufino que requisitou a liberdade do mesmo suspeito. Nesta peça o advogado informou e comprovou ao magistrado endereço certo, trabalho lícito e bons antecedentes do cliente. Além disso, reiterou que tanto Toninho quanto Marcelo excluíam a participação de Rufino para a prática do crime.

Diante disso, você deverá redigir uma decisão garantindo a liberdade provisória somente deste envolvido. Nesta mesma decisão, contudo, você deverá impor as medidas cautelares que julgar serem suficientes para cumprir com os próprios fins. Essa é a orientação do juiz Mariosvaldo que você, sob a condição de assessor, deverá seguir, combinado? Deve-se se atentar apenas aos dados contidos nessa história? Qual medida poderia ser imposta? Existe alguma proibida para este crime? Será que o julgador pode impor qualquer medida ou apenas aquelas previstas em lei para este caso?

Leia o nosso material e não deixe de solucionar a situação jurídica de Rufino! Vamos lá!

Não pode faltar

Caro estudante, preparado para continuar essa jornada pelo processo penal brasileiro? Nosso estudo dessa matéria tão importante se iniciará agora pelo exame das medidas cautelares.

As **medidas cautelares** sofreram uma alteração significativa no ordenamento jurídico brasileiro em razão da promulgação da Lei 12.403/2011 que procedeu à inúmeras alterações quanto à liberdade provisória, bem como a alguns aspectos das prisões, e, quanto à inclusão de novas medidas contracautelares. Essas últimas, que após o advento da Lei 12.403/2011 foram incluídas para o capítulo de medidas cautelares pessoais/subjetivas, se referem à providências adotadas ao longo do inquérito ou da ação penal para garantir a conveniência da instrução criminal, assegurar a sua eficácia da lei

penal antes da sentença e reforçar o princípio da prisão como a *ultima ratio* do direito penal.



Atenção

Antes da referida lei, só se permitia no ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao sistema cautelar, diligências como a liberdade provisória e a prisão cautelar. Dessa forma, como se trata da seara penal, toda medida que possa afetar a liberdade e/ou qualquer outro direito fundamental do réu deverá ser fundamentada no princípio da “legalidade e da tipicidade dos atos processuais”, não podendo o juiz adotar providências que não estejam previstas em lei (LOPES, Jr., 2017, p. 584).

Nesse sentido o legislador dispôs basicamente de dois grupos de medidas cautelares: das prisões processuais e das demais medidas não privativas de liberdade. Tais medidas devem se revestir de quatro principais características: provisoriedade, revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade. Logo, elas são provisórias pois não têm natureza e nem tampouco finalidade de sanção penal. Podem ser revogadas, eis que servem para garantir a efetividade/utilidade do inquérito ou ação penal e, se o juízo perceber que não são mais necessárias, elas devem ser imediatamente retiradas. São substitutivas, pois, segundo o art. 282, § 5º do CPP, “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (BRASIL, 1941). E, por fim, as medidas cautelares são excepcionais porque não são uma forma de antecipação da pena, não houve ainda sequer uma sentença, elas só são aplicadas quando há uma iminente necessidade, não sendo a regra no processo penal. De tal modo, deverão ser excepcionais porque devem estar sempre aliadas à presunção de inocência, princípio basilar de nosso sistema, bem como por essa razão só podem ser decretadas em último caso, ou em casos de gravidade inegável.



Assimile

As medidas cautelares não se configuram como uma antecipação da condenação, pois para que uma pessoa seja considerada culpada

e cumpra efetivamente sua pena ela deverá ter uma sentença condenatória transitada em julgado, conforme art. 5º, inciso LVII, da CF/1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Além das medidas cautelares pessoais, objeto do nosso presente estudo, há ainda no ordenamento as medidas assecuratórias (também denominadas medidas cautelares reais), já estudadas em nosso material, que são aquelas que irão ser aplicadas sobre o patrimônio do acusado.

As medidas cautelares devem atender impreterivelmente a dois requisitos no processo penal: *fumus commissi delicti*, *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*). Enquanto o primeiro requisito refere-se à avaliação da oportunidade e viabilidade da adoção da medida devido aos indícios de autoria e materialidade presentes nos autos, o *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*) consiste em demonstrar a real necessidade de aplicabilidade da medida restritiva de liberdade para garantir a tutela penal, ou seja, demonstrar o risco iminente de algum prejuízo que resultará da não adoção da providência. Isso normalmente é comprovado com a informação do endereço domiciliar, bem como de trabalho lícito que reduzem o risco de fuga. Quanto ao perigo de reiteração de conduta, embora possamos discutir a violação do estado de inocência com essa presunção de reiteração, admite-se a comprovação de primariedade do acusado.



Assimile

Conforme o Código de Processo Penal, as medidas cautelares devem considerar:

- A necessidade para aplicação da lei penal; ou
- Para a investigação;
- Instrução criminal; ou
- Em casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. (Art. 282, inciso I, CPP).

Elas também devem ser adequadas à "gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado." (Art. 282, inciso II, CPP).

A decretação das medidas cautelares pode ser feita pelo juiz, *ex officio* ou por requerimento das partes, durante a ação penal, bem como ao longo da investigação criminal, deve ser requerida pelo Ministério Público ou por representação da autoridade policial (art. 282, § 2º do CPP).



Reflita

Será possível que o juiz, no curso da investigação criminal, decrete uma medida cautelar de ofício em relação a investigados contra quem não pese ainda qualquer medida restritiva ou não de liberdade?

As medidas cautelares diversas da prisão estão dispostas nos artigos 319 e 320 do CPP (BRASIL, 1941). Vamos a elas!

Figura 3.1 | Medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP (BRASIL, 1941)

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I- comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II-proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III-proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV-proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V-recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI-suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII-internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII-fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX-monitoração eletrônica.

Fonte: adaptada de Código de Processo Penal (BRASIL, 1940).

Além desse rol previsto no art. 319, não podemos nos esquecer que o dispositivo seguinte ainda incluiu uma nova forma de medida cautelar que antes era aplicada, porém sem o devido respaldo legal. Trata-se da proibição de sair do país com a subsequente apreensão do passaporte. De acordo com Lopes (2017), em boa hora veio essa inclusão, já que as medidas cautelares, que atinjam em maior ou menor intensidade, a liberdade dos investigados/acusados devem obedecer ao princípio da legalidade. Segundo o mesmo autor, isso se deve ao fato de que no processo penal não existe o poder geral de cautela, instrumento típico do processo civil, por meio do qual se concede ao magistrado a análise sobre as medidas mais apropriadas para o caso concreto, sendo estas típicas ou atípicas. Nas ciências penais é preciso sempre atentar ao fato de que esse ramo do direito limita o poder punitivo estatal e o faz através da legalidade restrita e da tipicidade processual, conforme adverte Rodrigo Capez (2017). Por essa razão há autores que defendem a impossibilidade de criação de medidas cautelares pelo juiz, caso não encontre solução correspondente do Código.



Refleta

Qual dos dois modelos deveria preponderar no processo penal: o poder geral de cautela (respaldado por uma lógica pragmática) ou o princípio da legalidade restrita (que se sustenta por uma racionalidade axiológica)?

As medidas cautelares deverão, logicamente, ser objeto do contraditório e ampla defesa, sem prejuízo do disposto em sede constitucional, no art. 5º, inciso LV da CF/88. E tanto é assim que o próprio Código de Processo Penal inseriu, em seu art. 282, § 3º, que:

Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (BRASIL, 1941)



Será possível, então, alguma situação que se excepcione a essa regra? Caro aluno, a regra do art. 282, § 3º do CPP, poderá sofrer uma exceção caso se comprove a urgência da decretação ou haja um perigo de que a medida a ser adotada seja inútil ante a demora em sua concessão. Isto é, a demora ocorra por causa da intimação da parte contrária.



Exemplificando

Imagine uma situação no qual a Polícia Federal esteja investigando alguns indivíduos suspeitos de envolvimento com lavagem de dinheiro. Porém, com uma escuta telefônica, os agentes descobriram que o suspeito de ser o cabeça da quadrilha estava se preparando para fugir do país. De certo que, ao se requerer ao juiz que decrete a sua prisão preventiva, não será possível esperar que o suspeito apresente sua defesa para somente após isso, ocorrer sua detenção.

A medida tomada será cautelar, evitando-se que mal maior aconteça (fuga do suspeito e chefe da quadrilha) e que poderia inviabilizar toda a investigação criminal.

As medidas cautelares também podem ser revogadas, ou mesmo substituídas, quando o julgador certificar que não existe mais razão para que ela subsista. Porém, da mesma forma, ele poderá decretá-la novamente se comprovar que “sobrevieram” novos motivos (art. 282, § 5º do CPP).

Todavia, aluno, é importante ressaltar que quando o CPP dispõe sobre a “substituição”, conforme disposto no § 4º do art. 282, ele se referiu ao fato de que haverá a revogação da (s) medida (s) anteriormente aplicada (s) para então se decretar a prisão preventiva do acusado. Ou seja, não há troca de medida cautelar diversa da prisão, o que acontece nesses casos é a substituição por outra medida de “natureza diversa” mais severa, incluindo a própria

possibilidade de prisão (MARCÃO, 2017, p. 654). Vejamos o que diz o artigo:



Artigo 282, § 4º. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (BRASIL, 1941)

Percebe-se que a substituição ocorrerá em caso de descumprimento da medida imposta, e pode ser realizada de ofício pelo juiz, por requerimento do Ministério Público ou do querelante. O próprio § 4º do art. 282 do CPP dispõe que a prisão preventiva será decretada somente em último caso, podendo o juiz substituir a medida por outra ou mesmo cumulá-la com outra antes de estabelecer a opção mais gravosa que é prisão.



Exemplificando

Mas isso não é tudo. Existe uma medida cautelar diversa da prisão que exigirá de você, caro aluno, um esforço maior para compreender suas peculiaridades. E esta é, sem dúvida, a fiança. Anteriormente, essa medida apenas definia a modalidade de liberdade em duas espécies: com ou sem fiança. Hoje, no entanto, ela compõe o rol de medidas cautelares do art. 319 do CPP (BRASIL, 1941). Uma questão interessante é que o legislador dispensou um tratamento todo pormenorizado da medida entre os artigos 321 a 350 do CPP. Dentre as características dessa medida, podemos destacar: as autoridades atribuídas para decretá-la (policial ou judicialmente dependendo do *quantum* da pena), crimes não susceptíveis (racismo, tortura, tráfico, crimes hediondos, crime cometidos por grupos armados, civis ou militares), valores que devem ser fixados, as formas de perda ou quebra da fiança, etc. Em suma, não deixe de ler o capítulo VI *Da liberdade provisória com ou sem fiança* do Código de Processo Penal.

Aluno, você deve estar se perguntando: mas quem fiscaliza o cumprimento das medidas cautelares? O julgador, ao optar pela imposição da (s) medida (s) definirá a forma como ela deverá ocorrer

e também como será a forma de fiscalização, não excluindo a possibilidade de averiguação pelo Ministério Público.



Refleta

As medidas cautelares diversas da prisão poderão ser aplicadas de ofício quando já houver uma prisão em flagrante?

As hipóteses de não imposição de tais medidas ocorrerá quando os delitos penais praticados pelo acusado não tenham a pena privativa de liberdade como pena, seja de modo “isolado, alternativo ou cumulado” (art. 283, §1º do CPP). Portanto, elas não podem ser aplicadas às contravenções penais e para os delitos que não possuem a pena privativa como sanção (MARCÃO, 2017).



Pesquise mais

No estudo das medidas cautelares é importante examinar com atenção qual é o instrumento cabível para revogar uma medida cautelar decretada. Neste caso, pode-se utilizar o *habeas corpus*, já que o acusado corre o risco de ter a medida agravada, inclusive, com uma prisão cautelar caso não cumpra os termos impostos pelo julgador. Aluno, não deixe de pesquisar sobre esse assunto de suma importância para a sua prática:

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Neste momento, precisamos esclarecer outros aspectos das medidas cautelares agora sob a perspectiva da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006). Aqui o tratamento por parte dos tribunais é um pouco diferente. De acordo com o enunciado 04/2011 citado por Valéria Scaranse (FERNANDES, 2015) e formulado pela COPEVID (Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), as medidas de urgência previstas em favor da mulher assumiram uma natureza protetiva mista entre civil e penal. Isso porque, a Lei Maria da Penha, conjunto normativo no qual as medidas estão contidas, é igualmente híbrida e os motivos que orientaram o legislador levaram em consideração a vulnerabilidade feminina neste contexto específico, o que acabou provocando o enrijecimento de seus institutos.

Além de impedir a aplicação de instrumentos descarcerizadores previstos no juizado, a Lei Maria da Penha destinou um tratamento diferente às medidas cautelares. Chegou-se ao entendimento segundo o qual as medidas protetivas de urgência estariam desvinculadas do processo criminal, no sentido de que este pode estar tramitando ou não paralelamente aos autos que determinou o afastamento do lar, distanciamento mínimo entre a vítima e agressor, etc. Isso se deve ao fato de que as medidas impostas em favor da mulher (vítima de violência) seriam protetivas em si mesmas (carecendo de natureza cautelar) satisfativas e independentes à investigação dos fatos. Além disso, com base em questões peculiares à mulher (que, por exemplo, pode ser influenciada negativamente a se retratar em favor do agressor), as medidas de urgência poderão continuar surtindo efeitos enquanto perdurar a situação de risco (mesmo com o fim do próprio inquérito).

Com isso, surge uma situação um pouco mais delicada. Considerando que as medidas de urgência não se vinculam tão somente à eficácia da tutela penal, eis que protegem também relações jurídicas do âmbito cível, consequentemente elas não estariam condicionadas nem à condição da necessidade para aplicação da lei penal, nem à tipicidade de suas formas. Logo, o magistrado, num caso envolvendo violência doméstica, pode inovar o tratamento da matéria, impondo uma medida atípica contra o agressor (isto é, sem previsão legal), por tempo indeterminado, sem relação com a prática delitiva, isso tudo desde que ele julgue imprescindível para afastar a situação de perigo anunciada pela vítima. Esse, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, dê uma olhada:



DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente

da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. 'O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas' (DIAS. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido" (REsp n. 1.419.421-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 11.2.2014, grifo nosso).

Ousamos discordar, com todo respeito à posição dos tribunais. Acreditamos que, quando o caso estiver relacionado com condutas criminosas por parte do agressor, as medidas protetivas devem obedecer à estrita legalidade, já que não seria o Código de Processo Penal que assim determinaria, mas sim a própria Constituição quando limita o poder punitivo estatal por meio de direitos fundamentais, dentre os quais o princípio da legalidade. A Lei Maria da Penha, por melhor que sejam as suas intenções, também está hierarquicamente subordinada à Carta Magna. O mesmo não acontece quando as medidas se relacionarem exclusivamente com a questão cível (propriedade, família, guarda, etc.) que poderiam, estas sim, estar sujeitas ao poder geral de cautela, tendo o julgador liberdade para determinar a solução mais eficaz, pois nesses casos a tutela versaria sobre bens jurídicos disponíveis, cujos efeitos seriam igualmente reversíveis.

O que não podemos admitir é a discricionariedade na área penal. Tratando de bens jurídicos no processo-crime, naturalmente direitos fundamentais indisponíveis, não poderia o julgador deles dispor (logicamente) a menos que a restrição esteja respaldada pela lei sendo a sua decretação, no caso concreto, absolutamente necessária para garantir a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução (natureza cautelar por natureza) com subsequente exigência de fundamentação pelo julgador. E não é só. O prazo de duração da medida deve ter limite, óbvio! A Constituição proíbe

expressamente penas perpétuas, e pior ainda, medidas judiciais perpétuas (que ferem de morte a proporcionalidade e o Estado de Inocência). Reconhecemos que somos minoria, mas dificilmente outro entendimento se justificaria numa interpretação conforme a Constituição. E quais são as medidas prevista em lei? São aquelas contidas no art. 22 da Lei 11340/06, veja só (BRASIL, 2006):



- I- suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II- afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III- proibição de determinadas condutas, entre as quais:
 - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV- restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V- prestação de alimentos provisionais ou provisórios.



Pesquise mais

Veja essa novidade recentemente incluída no ordenamento jurídico brasileiro, que também torna mais rigoroso tratamento ao suspeito de praticar violência doméstica. Não apenas o juiz poderá substituir uma medida de urgência descumprida pelo investigado por outra mais severa, como também tal conduta poderá caracterizar um novo tipo-penal previsto na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006). Confira:



Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Após estudarmos as medidas cautelares diversas da prisão, é mister o exame das hipóteses de prisões cautelares. Mas isso

só teremos a oportunidade de abordar numa próxima etapa dos nossos estudos. Não perca o foco e continue se esforçando. Um grande abraço!

Sem medo de errar

Sabemos que Toninho, Marcelo e Rufino foram presos em flagrante delito, de acordo com a autoridade policial, após terem praticado o crime de latrocínio. Logo após o cometimento do crime, os três foram encontrados reunidos em um bar portando armas e objetos roubados da vítima, presumindo-se a autoria dos três. Mas Rufino não estava com sorte. Além de não ter qualquer envolvimento com o crime, o magistrado que iria analisar a legalidade da prisão em flagrante era seu inimigo capital. Com rápida intervenção da defesa, ele prontamente se declarou suspeito. Remeteu os autos para o juiz Mariosvaldo que considerou o flagrante legal e agora irá redigir uma decisão restabelecendo a liberdade dos envolvidos. Você é assessor do juiz e irá elaborar essa decisão conforme orientação do magistrado que, no entanto, lhe deu liberdade para decidir a melhor cautelar para o caso. Qual medida poderia ser imposta? Existe alguma proibida para este crime? Será que o julgador pode impor qualquer medida ou apenas aquelas previstas em lei para este caso? Essa é a orientação do juiz Mariosvaldo que você, sob a condição de assessor, deverá seguir. Está preparado? Tenho certeza que sim! Vamos começar!

Autos: número

Requerente: Rufino de tal

Latrocínio – prisão em flagrante – liberdade provisória.
Réu primário – endereço certo – trabalho lícito. Liberdade
concedida com medida cautelar diversa de prisão

O requerente foi preso em flagrante delito junto com outros dois suspeitos que portavam objetos da vítima e armas que fizeram presumir que os três eram autores do crime, conforme art. 302,

inciso IV do CPP. Ao requerer a liberdade provisória alegou ser primário, com bons antecedentes, profissão lícita e domicílio devidamente comprovado no pedido.

O Ministério Público pediu a conversão do flagrante em prisão preventiva para os três envolvidos, justificando pela comoção social e gravidade do crime.

Brevemente relatado, assim decido.

No caso em análise, observa-se que qualquer medida cautelar a ser decretada contra os presos deve atender a dois requisitos, basicamente: *fumus comissi delicti e periculum in mora*.

Embora os três agentes neguem a participação do Sr. Rufino para a prática do crime, os três foram presos portando armas e objetos da vítima o que denotaria a existência de indícios de autoria por parte do requerente. Assim, embora insuficiente para sustentar uma prisão, há ainda elementos que precisam ser mais bem investigados nos autos. A materialidade do crime, por ora, também foi demonstrada com o auto de apreensão e depoimentos já colhidos aos autos. Com isso, encontra-se preenchido o primeiro requisito.

Com relação ao *periculum in mora*, o requerente forneceu elementos suficientes para concluir que poderá responder em liberdade sem representar risco considerável ao processo: ele tem endereço certo, trabalho lícito e bons antecedentes devidamente comprovados.

Isto posto, não havendo motivos para presumir que uma medida mais incisiva seria necessária para garantir aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar reiteração de condutas, nos termos dos artigos 282 e 319 do CPP (BRASIL, 1941), defiro o pedido deduzido pela defesa, concedendo ao investigado Liberdade Provisória sob a condição de não se ausentar da comarca, bem como sob o compromisso de comparecimento periódico em juízo, uma vez ao mês, para informar e justificar atividades, e por fim, de comparecimento aos demais atos processuais, todas essas medidas previstas no Código de Processo Penal, respeitando-se o princípio da estrita legalidade que proíbe a imposição de qualquer medida atípica. Deixo de impor fiança devido à proibição expressa no art. 323 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Expeça-se o Alvará de Soltura.
Intime-se.

Cidade, estado, data

Dr. Mariosvaldo dos Santos

Avançando na prática

Habemus amistat?

Descrição da situação-problema

Luciano, vulgarmente conhecido como cara feia, estava sendo processado pelo juízo de Ponte Nova (MG), pela prática do crime conhecido como chantagem/extorsão, previsto no CP, em seu art. 158 que aduz:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.
(BRASIL, 1940)



Luciano foi acusado de extorquir um colega de trabalho, Bruno, chantageando-o com um fato que poderia atingir a honra da vítima. Bruno, casado, estava tendo um caso com a diretora do estabelecimento (chefe de ambos) que também era casada. De tal forma, se Bruno não depositasse todo mês a quantia de R\$ 700,00 em sua conta bancária, ele publicaria todas as fotos e conversas aos quais ele, Luciano, teve acesso. Ele iria inclusive divulgar tais documentos na própria empresa onde os envolvidos trabalhavam. Após meses de angústia, Bruno e sua amante decidiram pôr um fim à extorsão e gravaram todas as ameaças praticadas por Luciano e fizeram um boletim de ocorrência.

Ciente do risco que Bruno corria, o Ministério Público requisitou e o juiz deferiu a aplicação de uma medida cautelar determinando o distanciamento entre o acusado e a vítima da extorsão o que impedia ambos de trabalharem no mesmo lugar. Luciano negava todas as acusações e ainda teria perder o emprego com a medida. Ele lhe procura para que você, como advogado, esclareça o que pode ser feito. De tal modo, existe alguma forma de revogação da medida? Cabe algum recurso dessa decisão?

Resolução da situação-problema

Você, como advogado de Luciano, deve informar que é possível a revogação, baseado no próprio código de processo penal, contudo, tendo em vista o posicionamento do juiz ele não acreditava possível tal retirada.

Para tanto, ele decidiu impetrar um habeas corpus para impugnar tal decisão, e que possui jurisprudência do STF nesse sentido:

O habeas corpus pode ser empregado para impugnar medidas cautelares de natureza criminal diversas da prisão. (...) O Colegiado asseverou que, no caso, discute-se a ideia de proteção judicial efetiva e que a ação de habeas corpus deve ser admitida para atacar medidas criminais que, embora diversas da prisão, afetem interesses não patrimoniais importantes da pessoa física. Se, por um lado, essas medidas são menos gravosas do que os encarceramentos cautelares, por outro, são consideravelmente onerosas ao implicado. Mais do que isso, se descumpridas, podem ser convertidas em prisão processual.

Enfatizou que, caso fechada a porta do “habeas corpus”, restaria o mandado de segurança. Nos processos em primeira instância, talvez fosse suficiente para conferir proteção judicial recursal efetiva ao alvo da medida cautelar. No entanto, naqueles de competência originária de tribunal, confundem-se, na mesma instância, as competências para decretá-la e para analisar a respectiva ação de impugnação. Isso, na prática, esvazia a possibilidade de impugná-la em tempo hábil.

(BRASIL. STF. 2ª Turma. HC 147426/AP e HC 147303/AP, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgados em 18/12/2017).

Disponível em: <<https://goo.gl/R6jzs3>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

Faça valer a pena

1. Dentre as medidas cautelares, podemos destacar a fiança que se encontra prevista no art. 319 do Código de Processo Penal. Como se sabe ela está regularizada entre os artigos 321 a 350 do mesmo conjunto normativo que impõem uma série de requisitos e procedimentos para a sua decretação.

Com base no disposto no CPP sobre a fiança, identifique a única opção correta:

- a) É possível aplicar fiança para crime e tortura.
- b) Somente o juiz pode decretar fiança.
- c) Somente o delegado pode decretar fiança.
- d) É possível aplicar fiança para homicídio simples.
- e) A fiança foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro.

2. As medidas cautelares foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.403/2011 que procedeu à inúmeras alterações quanto à liberdade provisória, quanto a alguns aspectos das prisões, e quanto às medidas cautelares. Tais medidas, que após o advento da Lei 12.403/2011 englobaram as medidas cautelares pessoais/subjetivas, se referem à providências adotadas ao longo do inquérito ou da ação penal para assegurar a sua efetividade antes da sentença.

De acordo com o CPP, quais das medidas abaixo se configura como uma medida cautelar diversa da prisão:

- a) Sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.
- b) Pagamento de multa pecuniária.
- c) Monitoração eletrônica.
- d) Arresto de bens móveis do indiciado.
- e) A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado.

3. As medidas cautelares diversas da prisão devem se revestir de quatro principais características: provisoriedade, revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade. Logo, elas são provisórias pois não são peremptórias, tendo em vista não se tratarem de pena, por isso, deverão ser temporárias.

Podem ser revogadas, eis que servem para garantir a efetividade/utilidade do inquérito ou ação penal e, se o juiz perceber que não são mais necessárias, elas devem ser imediatamente retiradas. São substitutivas, pois, segundo o art. 282, § 5º do CPP, “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (BRASIL, 1941).

E, por fim, são excepcionais porque não são uma forma de antecipação da pena, mas só são aplicadas quando há uma iminente necessidade, não sendo a regra no processo penal.

Quanto às medidas cautelares diversas da prisão, é correto afirmar:

- a) As medidas não podem ser aplicadas cumulativamente.
- b) A decretação das medidas cautelares somente pode ser feita pelo juiz, ex officio.
- c) No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas o juiz poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.
- d) Uma vez revogada a medida em processo, ela não poderá ser decretada novamente, somente uma outra espécie de medida.
- e) As medidas cautelares previstas no CPP deverão ser aplicadas observando-se a idade, saúde, antecedente criminal do indiciado.

Seção 3.3

Das prisões processuais

Diálogo aberto

Caro aluno, tudo bem? Em nossa jornada de estudo do Processo Penal, iremos agora focar nossa atenção nas prisões cautelares! Sim, vamos analisar todas as espécies previstas em lei, atentando para a suas previsões legais, suas condições e principais características. Uma questão importante que deve ser sempre reiterada. O nosso ordenamento jurídico estabeleceu a prisão como a *ultima ratio*, lembra-se disso? Nesse sentido, ela só pode ser decretada se as demais medidas forem insuficientes. Além disso, a prisão (mais do que qualquer outra) precisa ser justificada com argumentos cautelares, lembra-se deles? *Periculum in mora e fumus boni juris ou Periculum in libertatis e fumus comissi delicti*. Tudo isso será mais uma vez detalhado para que você não perca esses fundamentos essenciais.

Continuaremos examinando o restabelecimento da liberdade, com a liberdade provisória, com ou sem medida cautelar, bem como finalizaremos abordando o relaxamento e a revogação das prisões cautelares. Preparados?

Calma, não se preocupe; ainda temos uma situação fictícia que irá facilitar a compreensão e aplicação da matéria. Está lembrado do caso do Marcelo e Toninho que praticaram um latrocínio contra Salvador?

Logo após a prática do crime, Rufino, Marcelo e Toninho foram presos sob a alegação de que houve estado de flagrância, tendo sido lavrado um APFD. Em seguida todos foram encaminhados para a audiência de custódia, oportunidade em que o juiz Mariosvaldo concedeu liberdade provisória com medida cautelar diversa da prisão em favor de Rufino. Contudo, na mesma oportunidade o magistrado converteu a prisão em flagrante de Marcelo e Toninho em prisão preventiva, baseando-se no risco de reiteração de conduta já que ambos apresentavam extenso histórico criminal, pelo que já tinham sido condenados e respondiam por outros delitos similares.

Quais são os requisitos para que este tipo de prisão cautelar seja decretado? Onde estão disciplinados? Existe alguma condição específica? Quais seriam elas?

Essas e outras questões serão respondidas agora.

Não pode faltar

Caro estudante, chegamos ao momento de estudo das prisões processuais. Conforme vimos anteriormente, a Lei nº 12.403/2011 trouxe profundas alterações no tema das prisões processuais e das medidas cautelares. No âmbito do CPP, as prisões processuais estão dispostas no Capítulo II, III e IV do Título IX, denominado *Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória*, iniciando-se o estudo no art. 282 até o art. 318 que se refere à prisão domiciliar.

Inicialmente cumpre salientar que apesar da prática jurídica doutrinária e forense inverter a ordem do ensino sobre prisão e medidas cautelares, adotamos uma lógica diversa. Primeiro analisa-se uma medida cautelar do art. 319 do CPP. Caso esta não seja suficiente, a partir disso analisaremos as hipóteses de manutenção ou conversão da prisão.

Feita essa ressalta, em nosso ordenamento existem dois tipos de prisão: aquela decorrente de uma condenação transitada em julgado, que é efetivamente a pena a ser cumprida pelo condenado, e outra prisão, a processual, que decorre da necessidade de se manter o suspeito detido no decurso da investigação criminal ou do processo penal e que será provisória. Nosso estudo agora centrará no segundo tipo de prisão. De tal forma, ela só poderá ser decretada como uma necessidade, sendo uma medida excepcional em nosso ordenamento, pois é inegavelmente uma limitação ao direito de ir e vir da pessoa que ainda se encontra sob o manto da presunção de inocência. Se considerarmos as prisões processuais como um gênero, podemos destacar três espécies: **prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária**, conforme o disposto no art. 283 do CPP:



Ninguém poderá ser preso senão em *flagrante* delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória

transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de *prisão temporária* ou *prisão preventiva*. (BRASIL, 1941, grifo nosso)

A **prisão em flagrante** está fixada nos artigos 301 ao 310 do CPP, bem como foi inserida no texto constitucional, mais especificamente no art. 5º, inciso LXI, que afirma que nenhuma pessoa “será presa senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma medida precautelar, o que significa que tal modalidade de prisão só ocorrerá quando uma pessoa for detida para impedir a consumação, no momento em que praticar a conduta delituosa ou acaba de cometê-la. Vejamos assim as quatro modalidades de prisão em flagrante previstas no CPP. Vamos a elas!

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

- I- está cometendo a infração penal;
- II- acaba de cometê-la;
- III- é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV- é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941)

Os incisos I e II se referem ao denominado **flagrante próprio ou real**, que ocorre quando o agente é apanhado cometendo a infração ou quando acabou de cometê-la. Já o inciso III trata do **flagrante impróprio, irreal ou quase flagrante**, que se configura quando após a prática da infração há uma perseguição pela autoridade policial, ofendido ou qualquer outra pessoa, de modo que da pessoa em fuga se presume a autoria do delito. Por fim, o inciso IV se refere ao que a doutrina denomina de **flagrante ficto ou presumido**, no qual logo após a cometimento do delito, o agente é encontrado com armas, papéis ou objetos que possibilitam a presunção da sua autoria da infração.



A prisão em flagrante tem como uma diferença das demais a possibilidade de ser efetuada por qualquer pessoa do povo que presencie a prática da infração criminal. Assim, segundo o art. 301 do CPP:



Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. (BRASIL, 1941)

A leitura do artigo ressalta que é uma faculdade de qualquer pessoa que presencie a prática do delito efetuar a prisão, **flagrante facultativo**, ao contrário da autoridade policial que tem o dever de efetuar-la, que é o **flagrante obrigatório**.

A doutrina ainda distingue hipóteses nas quais poderá ocorrer a prisão em flagrante, mas que não foram definidas pelo CPP. Uma delas é o **flagrante preparado** ou **provocado**, quando agentes públicos que poderiam efetuar a prisão em flagrante induzem e/ou incitam um indivíduo para praticar a infração, de modo que ao realizar a conduta, ele é imediatamente detido. O que ocorre, então, é a preparação do flagrante, pois se induz a pessoa ao cometimento do ato, mas não há efetivamente sua realização, de modo que há o chamado crime impossível. Tal modalidade de flagrante não é considerada válida pelo ordenamento brasileiro, e caso a prisão seja efetuada desta maneira deverá ser relaxada. Há inclusive uma súmula do STF, a 145, que dispõe: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (BRASIL, 1964).

Existe, ainda, o **flagrante esperado**, que se diferencia do flagrante provocado. Nestas hipóteses, o flagrante é válido, eis que não há o induzimento ou incitação para a prática da infração, mas sim, a autoridade policial, ao tomar conhecimento da possibilidade do seu cometimento, aguarda que o agente efetivamente a realize para, depois, decretar a sua prisão em flagrante. Observe que não há qualquer tipo de preparação prévia para que a infração se consuma, mas somente uma espera, uma expectativa de que o agente vá efetuar a conduta delituosa.

Outra hipótese válida é a do **flagrante retardado** ou **diferido**, no qual as autoridades esperam pela prática delituosa, mas não

realizam a prisão do agente imediatamente após o fato, pois retardam tal prisão para conseguir mais provas e até identificar outros envolvidos. Tal modalidade é muito utilizada na investigação de organizações criminosas e foi regulamentada pela Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, Lei das Organizações Criminosas, Lei nº 12.850/2013.

Por último, há o **flagrante forjado**. Nesta hipótese, quem pratica o crime não é aquela pessoa abordada pelo agente que efetuou prisão, mas sim o próprio policial (e por que não o particular) que forjou a situação de flagrante para incriminar outrem. Isso é feito de várias formas, dentre as quais: plantando provas que não são verdadeiras ou criando a situação do crime (como tráfico de drogas e porte de armas). Consequentemente, a prisão em flagrante (forjada) é nula e os responsáveis que a praticaram devem ser condenados criminalmente.



Exemplificando

Por exemplo, suponhamos que um policial, durante uma abordagem a motoristas no trânsito, coloque drogas no carro deste durante uma blitz para prender injustamente alguém por tráfico. Neste caso, é o próprio policial que responderá pelo porte de drogas.

Como uma modalidade de prisão processual, de caráter excepcional, a prisão em flagrante não necessita de prévia autorização judicial, e, após ser efetuada, em até 24 horas o auto da prisão deverá ser encaminhado para que o juiz decida sobre a legalidade, validade e manutenção da prisão. Essa providência tornou-se ainda mais cautelosa com a inclusão da conhecida **audiência de custódia**. Tal procedimento foi inserido no nosso ordenamento devido ao Pacto San Jose da Costa Rica, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário.



Pesquise mais

Após muita controvérsia sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 213/2015, que regulamentou a audiência de

custódia em todo o território nacional. Não deixe de pesquisar e ler sobre o tema!

Disponível em: <<https://goo.gl/Ea4yk2>>. Acesso em: 1 jul. 2018.

Caro aluno, vamos agora estudar as peculiaridades da prisão preventiva. **A prisão preventiva**, em razão de sua natureza cautelar, é temporária e excepcional, só devendo ocorrer, como já vimos, em último caso, quando não for possível a substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º do CPP) ou para garantir a “ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1941).

- **Ordem pública:** expressão excessivamente ampla e muitas vezes classificada como incompatível com o ordenamento jurídico vigente, a jurisprudência tem admitido a utilização dessa hipótese em determinados casos para impedir a reiteração de condutas por parte do acusado ou em razão da gravidade do crime. Estas justificativas, contudo, pecam ao violar ou os pressupostos cautelares ou o princípio do estado de inocência, uma vez que já projeta para o acusado a presunção de que no futuro (em exercício mediúnico) o réu irá praticar outros crimes ou que no passado efetivamente cometeu um crime grave. Oliveira (2017) só admite a utilização desse fundamento em situação excepcionalíssima e devidamente motivada pelo juiz.
- **Ordem econômica:** essa expressão foi incluída pela Lei de nº 8884/94 denominada de Lei Antitruste e que versava sobre ilícitos civis e administrativos. A justificativa para a inclusão dessa hipótese seria para reagir a crimes econômicos que causassem grandes prejuízos. Novamente um instrumento que não cumpre com as premissas constitucionais nem tampouco com o seu fim. Conforme observação de Oliveira (idem), o fato de supostamente ter causado um dano não será este ressarcido com a prisão processual. E a gravidade do dano é uma forma de prejudicar e executar antecipadamente

uma pena, já que tanto o dano quanto a autoria podem ser descartados ao final do processo.

- **Conveniência da instrução criminal:** argumento compatível com a Constituição por respeitar a instrumentalidade das medidas cautelares. Sob esse fundamento, o magistrado deve decretar prisão cautelar quando observar qualquer conduta por parte do acusado que apresentasse dano ou ameaça às provas e a instrução. É o caso do suspeito que ameaça testemunha, destrói documentos, etc.
- **Eficácia da lei penal:** argumento igualmente compatível com o paradigma constitucional diz respeito à garantia de cumprimento da pena. Caso o investigado demonstre qualquer sinal ou intenção de fugir ou mesmo já tenha empreendido fuga para não cumprir uma eventual pena, o magistrado poderá decretar a prisão preventiva.

As hipóteses previstas no art. 312 não são cumulativas, basta a correspondência, no caso concreto, com apenas uma delas. Independentemente disso, elas consagram (ou deveriam) o binômio cautelar: *fumus comissi delicti* e *o periculum in libertatis* (literalmente: fumaça do cometimento de crime e perigo de liberdade).

Mais adiante, o legislador impõe algumas condições para a sua decretação. **Não confunda:** primeiro vimos as hipóteses e agora analisaremos as condições. Vamos ver individualmente cada uma dessas condições previstas no art. 313 do CPP (BRASIL, 1941). Para lhe ajudar vamos incluir uma frase não prevista expressamente na lei processual, é esta: configurada a hipótese do art. 312 só poderá ser decretada a prisão preventiva:

- Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.
- Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.
- Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com

deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

- Se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941).

Todavia, estudante, se o acusado pela prática delituosa o tiver feito ao abrigo das hipóteses de exclusão da ilicitude, a prisão preventiva não será decretada, consoante o disposto no art. 314 do CPP. E ela poderá ser revogada. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no decorrer do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Os artigos 317 e 318 do CPP tratam das hipóteses da prisão cautelar domiciliar. Ela se refere à possibilidade do indiciado ou acusado cumprir a pena em casa, precisando de autorização judicial para poder dela se retirar. A prisão cautelar poderá ser concedida quando o agente for:



- I- maior de 80 (oitenta) anos;
- II- extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV- gestante;
- V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- VI- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (BRASIL, 1941)



Assimile

O STF, em fevereiro de 2018, no julgamento do HC 143641/SP, de relatoria Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decidiu, em razão da situação das encarceradas brasileiras, por conceder habeas corpus coletivo para todas as mulheres presas preventivamente que sejam gestantes,

mães de crianças que estejam sob sua responsabilidade, além das puérperas. Além disso, determinou que deveria haver a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, “(1) — de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA (2) e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício” (STF, 2018).

Assim, deverá ser concedida a prisão domiciliar para as mulheres:

- a) Gestantes.
- b) Mães de crianças que estejam sob sua responsabilidade.
- c) As puérperas.
- d) Das mães de crianças com deficiência.

Essa regra somente não será aplicada se: a) o crime praticado for mediante violência ou grave ameaça; b) contra seus descendentes; ou c) em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Informativo STF, Brasília, 19 a 23 de fevereiro de 2018 - nº 891.

Disponível em: <<https://goo.gl/4TM9ia>>. Acesso em: 1 jul. 2018.

Por fim, a Lei nº 13.445/2017, conhecida como Lei de Migração, que substituiu o antigo Estatuto do Estrangeiro, estabelece que o STF poderá, após ouvir o MP, decretar a prisão domiciliar ou prisão albergue do extraditando, bem como poderá estabelecer medidas cautelares diversas da prisão até que se efetive ou não a extradição.



Além da prisão domiciliar prevista no CPP, a Lei de Execução Penal também previu essa modalidade de prisão. Contudo, ambas as prisões, apesar de serem domiciliares, são diferentes e são aplicadas em hipóteses diversas. Não deixe de ler a LEP e examinar quais são as suas características e aplicabilidade. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, instituiu a Lei de Execução Penal.

Disponível em: <<https://goo.gl/bzvL6r>>. Acesso em: 1 jul. 2018.

Quer dizer que, caso o indivíduo seja preso preventivamente em decorrência de uma das hipóteses de prisão preventiva, ele deverá ser mantido preso até o fim do processo? Não! Caso os motivos que ensejaram a prisão preventiva desapareçam, **o acusado fará jus à revogação da prisão preventiva.**

Após estudarmos a prisão em flagrante e a prisão preventiva terminaremos nosso estudo das prisões processuais com a prisão temporária.

A **prisão temporária** não está disciplinada no Código de Processo Penal, mas na Lei nº 7.960/89, que estabelece que tal modalidade de prisão ocorrerá quando for imprescindível para as "investigações do inquérito policial e quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade", conforme art. 1º da referida lei.

Ela ainda disciplina, em seu inciso III do art. 1º, que ela poderá ser decretada quando:



(...) houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- k) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- l) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- m) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- n) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- o) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016). (BRASIL, 1989)

A Lei nº 8.072/90 também inseriu a possibilidade de prisão temporária para os crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo (art. 2º, § 4).



Refleta

A Lei nº 7.960/89 estabelece que a prisão temporária ocorrerá quando for imprescindível para as “investigações do inquérito policial”. Qual tipo de situação justificaria uma prisão em investigação que não envolva a obrigatoriedade de o investigado produzir prova contra si mesmo?

A prisão temporária só pode ser decretada por meio de decisão devidamente fundamentada pela autoridade judicial e deverá ser realizada no prazo de 24 horas contadas do “recebimento da representação ou do requerimento” (Lei nº 7.960/89, art. 2º, § 2). Isto porque ela só pode ser efetuada antes do recebimento da denúncia, ou seja, durante ainda a tramitação do inquérito policial.

Ela tem um prazo determinado de cinco dias prorrogável uma única vez pelo mesmo prazo. No caso dos crimes hediondos, a prisão temporária terá uma duração um pouco mais longa. Serão trinta dias renováveis por mais trinta dias em caso de extrema e comprovada necessidade.

Após o curso do prazo acima, o preso deverá ser solto, a não ser que seja convertida para prisão preventiva (Lei nº 7.690/89, artigo 2, § 7º) sob argumentos consubstanciados no art. 312 do CPP. Uma observação importante, caro aluno, é que todos aqueles que forem presos sob o manto da prisão temporária, deverão ser colocados separadamente dos demais detentos, conforme expressamente disposto no art. 3º da Lei nº 7.960/89.

De acordo com o art. 5º da Lei nº 7.960: “em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária” (BRASIL, 1989). Outra advertência: para a decretação da prisão temporária é imperioso que haja o preenchimento no caso concreto tanto do inciso I quanto do inciso III necessariamente. O inciso II é só um acréscimo. Ou seja, o art. 1º da Lei nº 7960/89 não dispõe de um rol nem com situações alternativas e nem tampouco com excludentes. Trata-se de um erro do legislador que fez uso de péssima técnica legislativa.



Atenção

Resumindo: incisos I e III sempre devem estar presentes para a decretação da temporária e o inciso II é mais uma opção, já que quando nada se sabe sobre a identidade e residência do investigado é claro que o seu acautelamento é imprescindível para a investigação (OLIVEIRA, 2017).

Então, caro aluno, após terminarmos o estudo das prisões processuais, vamos retornar ao estudo sobre a liberdade provisória? **Liberdade provisória** é o termo utilizado pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXIV, que dispõe: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988). Consoante observação de

Oliveira (2017, p. 502), o legislador constituinte incidiu em erro ao utilizar essa expressão **liberdade provisória**, posto que a liberdade é sempre a regra, sendo a prisão em si uma medida provisória e não o contrário, como se depreende da leitura constitucional. Ainda nos ensinamentos do referido professor, a liberdade em questão nada mais é do que a recuperação da liberdade por aquele que foi detido em razão da prisão em flagrante.

Desta forma, de acordo com artigo 321 do CPP, se não existirem os requisitos para decretar a **prisão preventiva**, o suspeito deverá ser solto, lhe sendo concedida a liberdade provisória, e se for necessário, o juiz poderá decretar medidas cautelares diversas da prisão (está lembrado delas?).

Agora uma breve contextualização histórica. A liberdade provisória, inserida em nosso Código de Processo Penal de 1941, espelha as características de seu tempo, isto é, nesta altura você já sabe que o referido diploma possui feição autoritária, já que foi criado em pleno Estado Novo, durante ainda o regime ditatorial de Getúlio Vargas. Assim, naquele período, tal liberdade era permitida somente com pagamento de fiança, a não ser que a conduta delituosa tivesse sido praticada sob a égide das hipóteses de exclusão de ilicitude. De tal forma, o Código se regia pela “presunção de culpa” de quem houvesse sido detido em flagrante (OLIVEIRA, 2017). E é por essa razão que nosso Código, já alterado por diversas leis, estabeleceu seu Capítulo VI denominado *Da Liberdade Provisória*, com ou sem Fiança (BRASIL, 1941). Assim, o art. 310 do CPP estabelece:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente

- I- relaxar a prisão ilegal;
- II- converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
- III- conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal,



poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (BRASIL, 1941)

O inciso I trata da hipótese de **relaxamento da prisão** que ocorrerá quando esta não for legal, e pode também ser aplicado a hipóteses de prisão preventiva e prisão temporária. Assim, nas palavras de Aury Lopes Junior, relaxamento da prisão “é sinônimo de ilegalidade da prisão” (2017, p. 684). O inciso III dispõe que o juiz poderá conceder a liberdade provisória com ou sem o pagamento de fiança.

No início do nosso texto expusemos que o Código de Processo Penal sofreu alterações significativas em 2011, está lembrado? O fato é que virou uma ‘colcha de retalhos’ pelo que se faz necessário ter muita atenção para não nos confundirmos. Ao contrário do que diz a lei, a doutrina agora prevê mais de uma hipótese para liberdade provisória e não mais aquelas sob resumidas pelas expressões com ou sem fiança. Veja só:



- a) Liberdade provisória em que é vedada a fiança: cabível sempre após a prisão em flagrante, com a obrigatória imposição de qualquer das cautelares dos artigos 319 e 320, CPP, com exceção da fiança, quando não for necessária a prisão preventiva e quando for expressamente proibida a imposição daquela (fiança – artigos 323 e 324).
- b) Liberdade provisória com fiança: cabível sempre após a prisão em flagrante e quando não necessária a preventiva. Será imposta, obrigatoriamente, a fiança, além de outra cautelar, se entender necessário o juiz.
- c) Liberdade provisória sem fiança: cabível após a prisão em flagrante, quando inadequada ou incabível a preventiva, com a imposição de qualquer outra medida cautelar, por julgar o juiz desnecessária a fiança.
- d) Liberdade provisória vinculada, ao comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único). (OLIVEIRA, 2017, p. 597).



A prisão processual poderá ser revogada, assim como as medidas cautelares diversas da prisão que já estudamos, se não subsistirem as razões que a fizeram ser decretada.

Após todo o estudo das prisões processuais, vamos ao exame da situação jurídica de Toninho, Marcelo e Rufino?

Sem medo de errar

Logo após o crime praticado contra Salvador, a polícia logrou êxito ao prender Rufino, Marcelo e Toninho, sob a alegação de que houve estado de flagrância, já que eles portavam objetos que fizeram presumir serem os autores do latrocínio. A vítima antes de falecer também teria reconhecido Marcelo e Toninho como os autores do crime. Mariosvaldo, juiz competente para apreciar a matéria, concedeu liberdade provisória para Rufino e converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Você, aluno, concorda com a conversão da prisão em flagrante para a preventiva?

Para que seja decretada a prisão preventiva é necessário que haja o preenchimento de uma das hipóteses do art. 312: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e eficácia da lei penal. Além disso é necessário observar as condições de admissibilidade do art. 313 do CPP:

- Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.
- Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.
- Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com

deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

- Se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941).

No caso observamos que Marcelo e Toninho já tinham extenso histórico criminal além de terem praticado um crime grave. Apesar de ser polêmico, o requisito da ordem pública pode ser utilizado excepcionalmente como fundamento para impedir a reiteração de condutas, já que ambos demonstravam condutas contrárias à ordem jurídica. Assim a decisão do juiz Mariosvaldo encontra-se respaldada pela lei.

Avançando na prática

Prisão boa é a prisão em casa

Descrição da situação-problema

Cruela era considerada uma mulher bastante prática e objetiva pelos seus amigos e vizinhos. Após ficar grávida do seu sexto filho, ela se encontrava bastante insatisfeita, pois a renda era pouca e não conseguia nem se manter e nem seus cinco filhos, todos com menos de 11 anos. O que faria com o próximo que estava por vir? O pai da criança, Dudu Caravana, era um folgado que não prestava para nada. Desta forma, ela decidiu, desde o quarto mês de gravidez, que esse bebê não deveria sobreviver. Sem comunicar nada a ninguém, passou a gravidez inteira fingindo se sentir mal e dizendo que era uma gravidez de risco. No dia em que sentiu as contrações, mandou as outras crianças para a creche e, conforme seu plano, teve o parto sozinha em casa. Após o nascimento saudável de uma menina, Cruela iniciou o sufocamento da criança com uma manta. Contudo,

por infeliz coincidência (para ela), Dudu Caravana apareceu em sua casa porque queria saber como ela estava se sentindo. Horrorizado com o que viu, afinal, era imprestável e não sem coração, ele tomou o bebê de Cruela e chamou a polícia. Ela foi presa em flagrante e foi conduzida a presença do juiz. Na audiência de custódia, o defensor indicado solicitou a conversão da sua prisão em flagrante para prisão domiciliar em razão dela se encaixar na hipótese do art. 317, inciso V, ou seja, possuía filhos menores de 12 anos. O juiz, então, poderá conceder prisão domiciliar de Cruela? Se não, sob qual fundamento?

Resolução da situação-problema

De acordo com o informativo 891 do STF, 2ª Turma. HC 143641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/2/2018, que decidiu:

“Segunda Turma, por maioria, concedeu a ordem em “habeas corpus” coletivo, impetrado em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade.

Determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar — sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP (1) — de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA (2) e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálissimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.” (Grifo nosso)

Assim sendo, o juiz não deverá conceder a prisão domiciliar de Cruela tendo em vista ela ter praticado ato contra seus descendentes.

Informativo STF, Brasília, 19 a 23 de fevereiro de 2018 - nº 891.

Disponível em: <<https://goo.gl/L8nQv5>>. Acesso em: 1 jul. 2018.

Faça valer a pena

1. “Desde a Constituição da República, em 1988, e, mais particularmente, desde a Lei nº 11.719, de 2008, que promoveu profundas alterações na matéria, ninguém pode negar a atual realidade do Direito Processual Penal brasileiro: toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos exatos termos em que se acha disposto no art. 5º, LXI, ressalvados apenas os casos de transgressão militar ou de crime militar definido em lei, que não serão objeto de nossas considerações” (OLIVEIRA, 2017, p. 504).

Acerca das prisões processais previstas no ordenamento brasileiro, assinale a alternativa correta:

- a) Qualquer pessoa do povo deverá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.
- b) As autoridades policiais e seus agentes poderão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.
- c) A prisão em flagrante poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.
- d) A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.
- e) Não existe a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

2. Marcolino, residente da comunidade da Boca Feia, estava saindo de sua casa para ir ao encontro nacional dos escoteiros, que se realizaria no Parque de Exposição de sua cidade. Enquanto estava no ponto de ônibus à espera da condução, houve uma confusão, gritaria e vários policiais chegaram perto de Marcolino. Ele se assuntou com a confusão e acabou caindo no meio da rua. O policial, conhecido como Batatinha, quando o viu caindo, imediatamente procedeu a sua detenção e começou a revistá-lo. Em sua mochila foram encontrados canivete, corda e alicate. Sem conseguir se explicar, Marcolino foi preso em flagrante pela prática de roubo com emprego de violência e arma branca, que havia acontecido duas horas antes em um estabelecimento relativamente perto do ponto de ônibus.

Considerado o caso acima narrado e seus conhecimentos sobre prisão em flagrante é correto afirmar:

- a) A prisão de Marcolino é legal, de acordo com art. 302 do CPP, que prevê a possibilidade de prisão de quem for encontrado com instrumentos que façam presumir ser ele autor da infração.
- b) A prisão de Marcolino é ilegal posto que apesar de possuir objetos como canivete e duas facas isso não é suficiente para considerá-lo suspeito, devendo ser revogada sua prisão.
- c) Deverá ser relaxada a prisão em flagrante de Marcolino, pois a posse de objetos como canivete e duas facas não é suficiente para considerá-lo suspeito.
- d) A prisão de Marcolino é legal, devendo ser convertida em temporária pelo juiz competente após a realização da audiência de custódia.
- e) A prisão de Marcolino é legal, devendo ser convertida em preventiva, pois existe grande risco de fuga por ser ele um escoteiro e possuir diversos conhecimentos para praticar tal ato.

3. Segundo ensinamentos de Aury Lopes Jr, a “liberdade provisória é uma medida alternativa, de caráter substitutivo em relação à prisão preventiva, que fica efetivamente reservada para os casos graves, em que sua necessidade estaria legitimada” (2017, p. 684).

Quanto ao previsto em nosso ordenamento sobre a liberdade provisória, é correto afirmar que ela será aplicada:

- a) Se houver relaxamento da prisão domiciliar.
- b) Em caso de ilegalidade da prisão temporária.
- c) Somente em caso de prisão preventiva.
- d) Somente em caso de prisão em flagrante.
- e) Poderá ser concedida em hipóteses de prisão em flagrante e prisão preventiva.

Referências

- BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**, decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<https://goo.gl/dtJzpD>>. Acesso em: 25 maio 2018.
- _____. **Código Penal**, 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: 16 jun. 2018.
- _____. **Constituição da República**, promulgada em 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.
- _____. **Lei Maria da Penha**. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.
- _____. **Lei 13.445/2017**, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.
- _____. **Lei 12.850/2013**, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12850.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.
- _____. **Lei 12.403/2011**, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12403.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.
- _____. **Lei 11.343/2006**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.
- _____. **Lei 8.072/90**, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.
- _____. **Lei 7.690/89**, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.
- CAMPOS, Walfredo C. **Processo Penal**. Coleção preparatória para concursos jurídicos, v. 13. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CAPEZ, Rodrigo. **No processo penal não existe o poder geral de cautela**. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/aQGZbc>>. Acesso em: 18 jul. 2018.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERNANDES, Valéria D. S. **Lei Maria da Penha**. O processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio P. **Curso de Processo Penal**. 21. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodium, 2017.

Das provas, atos e recursos

Convite ao estudo

Caro aluno,

Já estamos avançando para o final desta disciplina. E esta, como você sabe, é a última unidade, na qual vamos aprender três aspectos do processo penal que envolvem teoria geral das provas, atos processuais e seus respectivos sujeitos; além disso, ao final, teremos uma introdução resumida sobre os recursos no processo penal. É um conteúdo extenso, mas com ele vamos prepará-lo para absorver os elementos fundamentais através dos quais todo o resto ficará bem mais fácil de entender.

Nesta primeira seção você terá uma matéria muito interessante, qual seja: provas! Normalmente se diz que aquilo que não pode ser provado também não deve ser arguido, já ouviu esse jargão? Pois é, a prova tem um papel fundamental, uma vez que ela traz para o processo a situação fática narrada por uma das partes que tentará encaixá-la numa hipótese prevista legalmente com a inafastável consequência jurídica. Em outras palavras, para requerer a imposição de uma medida, a parte deverá comprovar que os fatos narrados efetivamente ocorreram e que eles se subsumem à norma prevista de forma abstrata.

Além disso, já na segunda seção teremos a oportunidade de abordar os atos processuais e a forma pela qual os sujeitos executarão e tomarão ciência nos autos. É fundamental conhecer essa parte da matéria, não apenas para identificar a função de cada sujeito, mas também a fim de saber a finalidade dos atos para os quais as partes serão provocadas a se manifestarem. Nesse sentido, citação é igual à intimação? E notificação? Os prazos do processo penal devem ser contados da mesma forma que o prazo

do processo civil? E existem vários casos de muitos operadores confundindo e prejudicando, com isso, os jurisdicionados.

Por fim, estudaremos os recursos do processo penal, os quais são chamados pela imprensa de manobra da defesa para protelar as decisões. Será que são os recursos os maiores vilões do processo penal? Ou seriam as etapas mortas, isto é, o tempo gasto pelo Poder Judiciário como um todo para receber, analisar e julgar esses recursos? Só uma informação importante: se todos os prazos de um processo fossem cumpridos pelos sujeitos (juiz, acusação e defesa) nenhum processo duraria mais do que dois anos.

Legal, mas isso tudo ficaria muito difícil, muito longe da nossa realidade estudantil caso não apresentássemos um caso hipotético, cujas situações já são conhecidas por você, não é verdade? Para tanto, relataremos a seguinte história.

José Manuel é um trabalhador do campo e lutou a vida inteira para garantir um futuro melhor para seus três filhos: Filipa, Afonso e João Jorge. Descendente de portugueses, Zé Manuel do Vinho, como era chamado, tinha um vinhedo nas serras gaúchas, onde colhia uvas para a produção de vinho tinto. Segundo os habitantes do local, era o melhor vinho da região. Contudo, Zé Manuel ganhou concorrentes de peso. Imigrantes italianos resolveram investir também em parreiras e começaram a oferecer um produto competitivo com um preço menor. Com isso Zé Manuel via sua renda cair bruscamente.

Certo dia, José Manuel teve um plano: matar o italiano Giuseppe Florentino. E assim foi feito. Giuseppe foi morto com dois tiros à queima roupa e pelas costas. No júri, Zé Manuel alegou legítima defesa. Como esses fatos devem ser apreciados? Como provar os fatos alegados? Como cientificar as partes sobre as decisões proferidas? Como recorrer?

Estas e tantas outras informações serão desenvolvidas nesta unidade. Vamos lá?

Seção 4.1

Teoria geral da prova

Diálogo aberto

Caro aluno,

Nesta seção faremos um estudo sobre as provas no processo penal brasileiro. Como se sabe a prova é um instrumento essencial para que o jurista realize a aproximação histórica dos fatos narrados e, assim, requeira a consequência jurídica mais adequada ao caso. Podemos dizer que a prova aproxima-nos de uma verdade real, já que no processo, pelo menos no que diz respeito à inocência, não se admite a dita verdade processual, isso porque o direito de o acusado refutar as provas condenatórias não perece independentemente da fase em que se encontra o processo. Sim, o acusado tem direito de juntar provas a qualquer momento, embora exista a fase mais apropriada para isso, a de instrução, que é quando a acusação também a produzirá. A prova, contudo, não pode ser feita sem critério, visto que obedece a ritos, proibições e finalidades distintas também.

Para que compreenda melhor, caro aluno, vamos aproximá-lo de um contexto hipotético, que pode vir a acontecer na vida real e com o qual você pode se deparar. Trata-se da história envolvendo José Manuel do Vinho e Giuseppe Florentino. Dois produtores de vinho da cidade de Bento Gonçalves, na região da Serra Gaúcha.

José Manuel percebeu que seu espaço no mercado vinha sendo reduzido drasticamente desde a chegada de família imigrante da Itália. Apesar de oferecer vinhos de boa qualidade, os italianos conseguiram vender seu produto com qualidade e preço competitivos. José Manuel desesperou-se e, numa atitude premeditada e mal pensada, tirou a vida de Giuseppe com dois tiros à queima roupa e pelas costas. José Manuel foi denunciado e condenado pelo Tribunal do Júri da respectiva comarca num julgamento memorável, porém com algumas falhas que a defesa pretende explorar para tentar a nulidade do processo.

A defesa de José Manuel ficou indignada com o resultado do julgamento proferido pelo Tribunal do Júri da cidade e interpôs um recurso de apelação alegando a nulidade da sentença condenatória, tendo em vista a ausência de prova imprescindível para a análise dos fatos. Segundo os procuradores constituídos para defenderem José Manuel, a acusação não teria juntado o Exame de Corpo de Delito, feito que teria ocasionado o surgimento de um vício ensejador de nulidade absoluta. A acusação apresentou suas contrarrazões, arguindo que o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado o princípio do livre convencimento motivado, pelo que qualquer prova, independentemente de sua natureza, sendo persuasiva ao juiz, teria o condão de confirmar a hipótese condenatória, o que foi acatado pelos jurados. Agora, aluno, você será o desembargador responsável por apreciar o recurso interposto pela defesa e deverá analisar os argumentos apresentados por ambas as partes para decidir.

Suponhamos que você seja o desembargador destes autos e que deva proferir uma decisão acerca da apelação interposta pela defesa que requer nulidade do julgamento em razão da ausência de prova obrigatória no processo. Qual é o sistema de valoração de provas que o Brasil adotou? Existe a obrigatoriedade de realizar determinadas provas pelo ordenamento jurídico brasileiro? Existem espécies probatórias proibidas no nosso Direito? Você está preparado? Então vamos estudar.

Não pode faltar

Prova é o resultado de um procedimento racional que visa atestar a veracidade de um enunciado que descreva uma situação ou fato histórico. Hoje em dia, as provas são produzidas por critérios científicos em que são obedecidos padrões para a análise. Mas nem sempre foi assim.

Na Grécia, por exemplo, utilizavam-se as ordálias como meio de confirmação de uma hipótese. Ela exigia a interpretação sobre fatos naturais para definir a responsabilidade, ou não, de alguém sobre um fato imputado. Por exemplo, sacrificava-se um animal, e a forma como o corpo dele reagia demonstrava uma manifestação

divina que indicaria se um indivíduo era culpado ou não. E assim procedia-se a condenação ou a absolvição. Em seguida, a prova foi considerada como meio para a obtenção de uma verdade absoluta, já revelada por Deus, mas com algum critério científico. Nesse sentido, a inquisição elaborou alguns métodos racionais de verificação de vestígios, embora delegasse para a confissão o atestado divino de culpa penal.

Hoje em dia, podemos dizer que não é nem uma coisa nem outra. A prova confirma provisoriamente algo, pois nenhuma verdade na ciência é imutável, mas ao contrário, é sujeita à refutação, conforme ensinamentos de Karl Popper com a sua epistemologia falsacionista.

A partir dessa premissa podemos entender que existe um certo relativismo, pelo qual nenhuma prova merecerá o carimbo de irrefutável *ad aeternum*, por melhor que seja em determinada circunstância de tempo e lugar. Por outro lado, as ciências como um todo vêm progredindo suficientemente ao ponto de indicarem métodos cada vez mais confiáveis para a averiguação de fatos históricos juridicamente relevantes. Temos, assim, a tecnologia das imagens de vídeo ou o DNA das ciências biológicas que podem elucidar diversos crimes sem, no entanto, confirmarem como verdades inquestionáveis.



Pesquise mais

Ficou curioso para saber como um exame de DNA pode ser equivocado? Para além de manipulações de má-fé, já que entre a coleta e a entrega do resultado existem intermediários humanos, também o DNA pode ser inconclusivo, mesmo quando se segue corretamente a técnica indicada ou quando inexistente vestígio suficiente para um resultado mais preciso. Há um documentário chamado Amanda Knox que retrata bem os limites da investigação. Para saber mais sobre a produção leia o texto a seguir:

CARVALHO, Cláudia Lima. Amanda Knox: injusticada ou psicopata? **PÚBLICO**, Londres, 29 set. 2016. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2016/09/29/culturaipilon/noticia/amanda-knox-injusticada-ou-psicopata-1745528>>. Acesso em: 1 ago. 2018.

No Direito a prova exerce um papel essencial, pois é ela que confirmará uma das versões desenvolvidas pelas partes, sendo que a pretensão de ambas é justamente reaproximar os fatos históricos para daí deduzirem a consequência jurídica mais adequada diante do que elas narraram e alegaram em juízo. Em outras palavras, é possível afirmar que as partes tentarão demonstrar ao juiz que o caso corresponde ou não à hipótese prevista de forma abstrata na lei, conforme o interesse de cada um.



Exemplificando

Matar alguém, por exemplo, é crime. O Ministério Público apresenta hipoteticamente uma denúncia imputando a Arthur a prática de homicídio simples, já que este teria eliminado dolosamente a vida de Pedro. Arthur teria praticado o crime disparando dois tiros contra o peito da vítima, que faleceu imediatamente.

Neste exemplo simples, veja que o órgão acusatório imputou uma série de fatos que deverão ser objetos de prova. São estes: autoria, a morte da vítima, o nexo de causalidade entre os disparos e a morte, entre outros aspectos que poderão ser alegados e comprovados em juízo.

Para a doutrina majoritária do Direito, o destinatário das provas é o próprio juiz ou o Poder Judiciário, órgão que analisará o valor de cada uma das provas colhidas para, desse modo, proferir um julgamento justo e próximo da realidade. Outros doutrinadores dizem que o destinatário é o processo, já que a prova será debatida por todos os sujeitos processuais que poderão refutá-la ou confirmá-la, embora seja o julgador que tenha o dever de escolher fundamentadamente a prova mais persuasiva.

O ônus da prova incumbe a quem alega. Certamente você já ouviu esse jargão, não é? Mas é exatamente isso que prevê o Código de Processo Penal. Vamos a um trecho do art. 156 do CPP (BRASIL, 1941): “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”.

Alguns autores denominarão que o ônus é um dever dirigido às partes para que elas satisfaçam seus próprios interesses na causa. Preferimos usar o termo imperativo, já que o não cumprimento dessa “obrigação” não gera qualquer sanção, mas efetivamente a

não realização do próprio interesse. Assim, o interesse da acusação é a decisão condenatória a ser proferida pelo juiz contra o réu. Se ela não fizer prova sobre os fatos alegados, o Ministério Público em si não será punido, embora não satisfaça sua pretensão punitiva. E a defesa teria algum ônus probatório no processo? A doutrina diz que ela deve alegar tudo aquilo que for fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito.



Refleta

Esse entendimento, contudo, não é pacífico. Há doutrinadores que afirmam que a defesa não teria qualquer ônus no processo penal, vez que em favor dela pesa o princípio do Estado de Inocência. Com isso, caberia ao Ministério Público o dever (ou o imperativo) de afastar essa presunção, comprovando, não apenas os fatos alegados na inicial, como também a realização da prova negativa de fatos. Você concorda?

Sendo interesse do réu ser absolvido, ele deve tomar providências para que o juiz não se convença apenas das provas produzidas pela acusação. Por outro lado, reconhecemos que se o réu nada fizer, isso não pode ser interpretado contra ele, já que os fatos não contestados, ainda assim, deverão ser comprovados no processo penal, sob pena de o juiz absolver o acusado por ausência de provas mesmo que este não tenha se movimentado minimamente para isso acontecer.

E o que não será objeto de prova?

- Fatos notórios e axiomáticos, isto é, aqueles que prescindem de um conhecimento técnico específico. Se o Ministério Público imputa a prática de um homicídio em que a vítima foi morta por fogo atado por terceiros em Brasília, ele não precisa comprovar que Brasília é uma cidade localizada no Brasil e é capital deste mesmo país. Tampouco se esforçará para comprovar que o fogo queima objetos orgânicos.
- Presunções absolutas: a legislação presume que um adolescente não tem plena capacidade de compreender o fato ilícito e, por isso, não pode responder por crime, mas somente por fatos análogos. Por outro lado, as presunções relativas estão sujeitas à prova. Assim, há autores que afirmam que menores entre 12

e 14 anos de idade poderiam eventualmente praticar relações sexuais, desde que comprovado que teriam capacidade para compreender esse ato. O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, considera que todos os menores de 14 anos seriam incapazes de compreender o ato, ao que a presunção seria absoluta, inadmitindo, assim, prova em contrário.

Mas, preste a atenção: prova é um termo genérico e, dependendo do momento ou da forma pela qual é produzida, ela ganhará outras terminologias. Vamos vê-las?

- A doutrina costuma designar fonte de prova tudo aquilo que possa explicar um fato histórico e juridicamente relevante. Sejam pessoas presentes na cena do crime, ou lugar onde este ocorreu, os vestígios deixados, enfim tudo que tenha potencialidade para confirmar um fato que será debatido no processo.
- Meios de prova já seriam a passagem da mera potencialidade para a produção concreta nos autos. É o instrumento através do qual se extrairá a informação contida na fonte. Nesse sentido, as pessoas podem ser fontes de prova, mas vão tornar-se meios de prova caso prestem depoimento nos autos. A arma é uma fonte, mas é o laudo balístico que confirma o funcionamento da arma e das munições, seu calibre, características, etc., é o meio de prova da fonte “arma e munições”. O corpo da vítima é uma fonte, mas o exame de corpo de delito realizado sobre a vítima atestando a *causa mortis* seria o meio de prova.
- Já os meios de obtenção de prova seriam aqueles que necessitam de atividades complexas pautadas por um procedimento próprio para retirar informações de fontes ou meios de prova. São exemplos: mandado de busca e apreensão e interceptação telefônica.



Assimile

Atenção! Já antecipamos anteriormente que a prova, em sentido estrito, só pode ser considerada enquanto tal no Direito, se tiver sido produzida sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e diante de um juiz. Assim, aqueles fatos que são confirmados provisoriamente no

inquérito devem ser chamados de elementos de informação, fontes de informação e meios de informação dependendo de sua natureza.

Produzidas todas as provas no processo, o juiz terá total liberdade para escolher aquela que lhe pareceu mais convincente? Não é bem assim! Como se sabe existem três modelos de avaliação da prova:

- Sistema da íntima convicção: por meio deste o juiz é livre para valorar a prova, podendo escolher aquela que seja mais convincente, sem ter que explicar os motivos que o levaram a essa decisão. No processo penal, apenas o júri decidirá dessa forma.
- Prova tarifada: por este modelo é a própria lei que valora a prova, dando analogicamente uma pontuação abstrata persuasiva para cada uma. Assim, as provas seguiriam uma hierarquia. No modelo inquisitório a rainha das provas era a confissão e, tendo sido esta obtida, não havia a necessidade de produzir qualquer outra. No processo penal atual não seguimos este modelo, embora haja a obrigatoriedade de produzir exame de corpo de delito para os crimes que deixam vestígios. Não se trata de hierarquia, mas da constatação de que determinadas situações fáticas só podem ser explicadas por profissionais que tenham conhecimento específico em uma matéria. Assim o legista deve explicar a causa da morte, porque juristas não têm capacidade para analisar com propriedade o corpo humano.
- Livre convencimento motivado: segundo Aury Lopes (2017), trata-se de um importante princípio que previne o julgador do arbítrio do poder político, econômico e da maioria autoritária. Por meio dessa garantia permite-se que o juiz tenha liberdade para avaliar a prova mais persuasiva dos autos, não importando a sua natureza, já que todas têm o mesmo valor. E mais do que isso, permite ao jurisdicionado também fiscalizar a racionalidade do julgador, pois o convencimento dele deverá ser devidamente fundamentado para que preferências pessoais, provas ilícitas ou superficiais não sejam utilizadas para embasar uma decisão.

Por falar em provas ilegais, esse é um assunto extremamente importante para o processo penal. Como dissemos, há muito a verdade não mais é considerada como um objetivo absoluto do processo, sendo que as provas ilegais comprovam (perdoe-nos o pleonismo) essa afirmação. O legislador constitucional de 1988 reconheceu que, para além da verdade, existem outros, ou melhor, verdadeiros valores compartilhados socialmente que devem ser protegidos pelo Direito. São os chamados bens jurídicos previstos em sua maioria no art. 5º da Constituição.

Caso a verdade fosse um objetivo máximo do processo, ela poderia ser utilizada como pretexto para anular todos os outros princípios constitucionais. Isso, no entanto, acabaria desequilibrando as relações entre valores socialmente compartilhados e abrindo espaço para a arbitrariedade, já que tudo seria relativizado em torno de um só objetivo: a tal da verdade.



Reflita

Mas por qual motivo a verdade não pode ser priorizada em detrimento de todo o resto? Desde Albert Einstein, já se sabe que tudo na ciência é relativo, exceto a velocidade da luz. Mas Popper vai além e afirma que o que move a ciência não é a verdade, mas sim a possibilidade de o conhecimento de hoje ser superado no futuro com o desenvolvimento de tecnologias mais precisas, explicações mais convincentes e descobertas de resultados desconhecidos. A verdade imutável não faz parte da ciência, porque nenhum ramo científico poderia valorizá-la em detrimento de todos os outros bens. Você concorda?

De toda forma, a ilegalidade da prova surge precisamente quando o arbítrio da sua produção supera a necessidade de uma aproximação dos fatos históricos, já que viola valores materiais ou ritos processuais para a sua revelação. Eis o limite da verdade real!



Assimile

Já dissemos isso, mas não custa nada repetir. Os direitos fundamentais, cujo conteúdo é aberto, vago e relativo, funcionam somente em equilíbrio e de forma harmônica entre si.

Por isso, em algumas situações, determinados direitos poderão se sobrepor à investigação para impedir a construção da verdade a qualquer custo. Assim, o devido processo jurídico impõe a criação e o respeito ao procedimento para a produção probatória, impedindo-se que atos lesivos sejam praticados pelo Estado contra a sociedade em geral.

Existem duas espécies de provas ilegais: as provas ilícitas e as ilegítimas.

A doutrina conceitua as provas ilícitas como sendo aquelas que são produzidas a partir da violação de direitos materiais (estejam eles previstos na legislação ordinária ou na Constituição), por exemplo, quando se atingem direitos de intimidade, privacidade, integridade corporal e psicológica ou quando se tem um tratamento desumano ou degradante.

Normalmente são provas produzidas de forma clandestina e paralela ao processo, isto é, alheio a ele. Podemos destacar, por exemplo, a tortura para se extrair a confissão. Esta, na verdade, é uma típica prova ilícita degradante que viola a integridade física e psicológica dos indivíduos, fazendo com que eles sejam tratados como objetos e não sujeitos de direito.



Assimile

A dor da tortura não revela fatos, mas exterioriza a incapacidade do ser humano de suportar a dor. O culpado, contudo, não precisa passar por ela para ser punido, uma vez que a dissuasão é função da pena. Já o inocente obviamente não pode ser punido, já que nada fez. Este é um pensamento de Beccaria. Já o citamos, mas reafirmamos aqui a sua importância e um pedido para que leiam *Dos delitos e das penas* para que valores ali construídos não sejam destruídos por movimentos autoritários, ignorantes e circunstanciais. Leiam:

GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** Col. Saberes Críticos. São Paulo: Saraiva, 2014.

Já as provas ilegítimas seriam aquelas produzidas por meio da violação de normas processuais. Em outras palavras, são provas que não cumpriram com o rito previamente estabelecido para a sua confecção. Por exemplo: deixar de compromissar a testemunha,

nos termos do art. 203 do CPP (BRASIL, 1941) ou deixar de advertir o réu sobre o direito ao silêncio durante o interrogatório.

E qual é a consequência jurídica para a transgressão ao modo pelo qual a prova deve ser produzida? O art. 157 do CPP (BRASIL, 1941) afirma que elas deverão ser desentranhadas dos autos, por ofenderem a legislação pátria. Na prática, contudo, temos duas correntes que tentam interpretar o referido texto legal que disciplina a matéria.

- Provas que violam normas infra e constitucionais que tenham tanto natureza penal, quanto processual. Consequência: desentranhamento dos autos.
- Provas que violam normas legais e constitucionais de natureza penal. Consequência: desentranhamento. Se for de natureza processual, ocorre a nulidade com a subsequente renovação do ato, conforme art. 573 do CPP (BRASIL, 1941). Além disso, devemos nos lembrar de que, sobre o tema da nulidade para questões processuais, precisamos apreciar o caso nos termos da nulidade absoluta ou relativa. Se for nulidade relativa, a parte deve comprovar o prejuízo; sendo absoluta o prejuízo é presumido.



Refleta

Contudo, se uma prova ilegal favorecer a defesa, será que o ordenamento determinará a nulidade ou permitirá a sua utilização para absolver um réu inocente? No Brasil, a maior parte da doutrina considera que a defesa que viola o ordenamento para obter prova a seu favor seria protegida por excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Nos Estados Unidos, contudo, a matéria é um pouco diferente. O réu pode comprovar a sua inocência, mas o seu procurador não poderia fazer isso de forma ilícita. O que você acha?

Assista ao filme:

O HOMEM que fazia chover. Título original: *The Rainmaker*. Direção: Francis Ford Coppola. Produção: Fred Fuchs, Gary Marcus, Georgia Cacandes, Michael Douglas, Steven Reuther. Roteiro: Francis Ford Coppola, John Grisham e Michael Herr. [s.l.], Paramount Pictures; UIP, 1997.

Agora, você, caro aluno, deve convir comigo que de nada adiantaria proibir uma prova caso essa pudesse servir apenas como primeiro motor para localizar as demais que seriam lícitas. Ou mesmo que a nulidade de uma prova pudesse contaminar todas as demais. Por isso o legislador percebeu a necessidade de disciplinar a matéria e indicar a consequência para cada uma dessas situações. Isso consta no art. 157 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).



Saiba mais

Suponhamos que um indivíduo morador de um bairro mais humilde da periferia fosse interrogado e negasse a acusação que pesava contra si. Após insistirem com o interrogatório, os policiais decidem por torturá-lo até que assuma o crime e indique a localização do corpo. Com base nessa informação, policiais requerem mandado de busca e apreensão, que é autorizado pelo juiz. Em seguida, os investigadores dirigem-se ao imóvel indicado pelo torturado e localizam o corpo da vítima. A tortura é prova ilícita, o mandado de busca e apreensão é lícito, qual prevalecerá? A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada responde a essa pergunta.

De acordo com essa teoria, todas as provas que se baseiam diretamente numa outra que tenha violado o ordenamento jurídico, seja por nexo causal ou por derivação, devem ser excluídas pelo magistrado. Isso é o que se deduz da própria expressão que deu nome ao instituto: a árvore contaminada envenenará todos os seus frutos.

Essa é a regra, da qual podemos extrair algumas exceções, vejamos:

- Fonte independente: caso uma prova ilícita indique outras provas que seriam inevitáveis e legalmente obtidas pelos órgãos de persecução, os dados colhidos poderão ser aproveitados no processo. Ou seja, retornando ao exemplo acima, já existia uma investigação séria que localizaria lícitamente o corpo da vítima do homicídio, pelo que o processo não poderia ser contaminado e desprezado em razão de um erro não essencial para a continuidade da investigação. Na verdade, a autoridade policial obtém, paralelamente ao ato ilícito, fontes sólidas e independentes que indicariam a prova de um crime. Nesta exceção, deve-se

comprovar o nexo de causalidade entre a fonte independente e a prova obtida de duas formas lícita e ilícitamente.

- Teoria da descoberta inevitável: essa exceção vai um pouco além em relação à fonte independente. Diz-se que a prova derivada de uma conduta ilícita pode ser aceita caso, em juízo probabilístico e hipotético, fosse possível de qualquer modo encontrá-la, pois decorre de uma investigação padrão. Veja que não há necessidade de comprovar a fonte independente, mas sim de arguir que a prova seria alcançada de qualquer modo, já que esse seria o caminho natural da investigação.
- Limitação da mancha purgada: a prova obtida de forma ilícita pode ser convalidada posteriormente por decurso de tempo ou por um ato superveniente que contraria a garantia e que a norma proibitiva visava proteger. Por exemplo, Renato Brasileiro Lima (2014) afirma que uma colheita de prova de forma ilegítima, na casa de um dos envolvidos, poderia eventualmente indicar a prática de um crime por um terceiro, o qual se apresenta em juízo e confessa o crime perante o próprio advogado, juiz e Ministério Público. A confissão renuncia o direito de proteção da prova.
- Teoria do Encontro Fortuito (serendipidade): por esta teoria, que foi elevada a princípio, afirma-se que uma prova poderá ser admitida caso tenha sido localizada de forma fortuita durante o cumprimento de uma diligência para apuração de outros fatos. Ou seja, por exemplo, a autoridade policial encontra de forma casual provas referentes a outra infração diversa daquela para a qual teria se mobilizado. Para que essa prova seja considerada lícita, será necessário examinar: a finalidade da diligência ou abuso de autoridade. Nas palavras de Néstor 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)



E quais são os requisitos? Crimes que tenham relação entre si (conexão ou continência); comunicação imediata ao juiz e exame pelo juiz. Para saber mais sobre essa teoria que foi resumida para o nosso material e propósitos, leia:

LOPES, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 384-392.

Já falamos de inúmeras situações que determinam a validade da prova no processo penal. Mas quais seriam elas? Podemos destacar algumas, vejam só as provas em espécie!

- Exame de corpo de delito: primeira prova disciplinada no Código de Processo já indica a sua importância. Obrigatória para crimes materiais, isto é, que deixam vestígios naturais com a sua execução. Trata-se de uma análise feita por especialistas técnicos que deverão avaliar justamente os vestígios decorrentes da conduta criminosa. Por exemplo, o corpo da vítima em crime de homicídio. Procede-se ao exame de corpo de delito sobre o cadáver da vítima para apurar a causa da morte, circunstâncias, momento, etc. O laudo pericial deve ser assinado por um perito oficial, ou na ausência deste, por dois peritos não oficiais. A ausência dessa prova é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanado por outros meios. O art. 167 do CPP admite a possibilidade de realização de exame indireto diante da impossibilidade de se examinar o próprio objeto do crime.
- Interrogatório: trata-se de um ato judicial, pelo qual o juiz ouve o réu sobre a acusação que lhe foi imputada.
- Confissão: é a aceitação pelo réu da acusação feita em juízo pelo titular da ação penal. Ela deve ser livre e voluntária. Seu valor é relativo e deve ser avaliada junto com as demais provas.
- Ofendido: depoimento prestado pelo próprio ofendido. Como não presta o compromisso de dizer a verdade, seu valor também é relativo, salvo em crimes sexuais, em relação

aos quais a doutrina tem dispensado maior relevância, já que, nesses casos, o agente pratica o crime de forma clandestina, não sendo raras vezes em que será impossível extrair dele qualquer vestígio.

- Prova testemunhal: trata-se de um depoimento prestado por pessoa desinteressada e capaz de depor. Ela poderá elucidar questões envolvendo os fatos, a autoria ou mesmo fazer apreciações pessoais quando inseparáveis da avaliação sobre o crime ou o réu.
- Prova documental: trata-se de um gênero que admite quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou privados, bem como fotografias e vídeos. Tem previsão no art. 232 do CPP (BRASIL, 1941).

Caro aluno, isso é tudo que propusemos para esta seção, mas pouco perto da infinidade que a ciência jurídico-criminal é capaz de produzir. Nos vemos na próxima seção, até mais!

Sem medo de errar

José Manuel não conseguiu competir de forma limpa e honesta com os novos produtores de vinho que chegaram na região da Serra Gaúcha, e resolveu matar Giuseppe Florentino com dois tiros à queima roupa. Por isso, foi denunciado e condenado pelo Tribunal do Júri da mesma comarca, por homicídio qualificado, cuja pena foi fixada pelo juiz a 17 anos de prisão.

A defesa, irresignada, interpôs recurso de apelação, alegando a nulidade da decisão condenatória devido à ausência de prova obrigatória no processo penal. Segundo os defensores, a acusação não teria juntado o exame de corpo de delito da vítima, cuja espécie é obrigatória para crimes materiais, isto é, que deixam vestígios. A acusação, em sede de contrarrazões, requereu a manutenção do decreto condenatório, arguindo que o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado o livre convencimento motivado pelo que os jurados poderiam escolher qualquer prova juntada ou não para o seu convencimento pessoal. Você, caro aluno, atuará como desembargador neste processo e deverá responder às seguintes

questões: qual é o sistema de valoração de provas que o Brasil adotou? Existe a obrigatoriedade de realizar determinadas provas pelo ordenamento jurídico brasileiro? Existem espécies probatórias proibidas no nosso Direito?

Relatório dos fatos: trata-se de apelação interposta pela defesa com o objetivo de cassar a decisão proferida pelo Tribunal do Júri da comarca da cidade do estado do Rio Grande do Sul. Consta que em julgamento realizado no dia tal, o réu José Manuel teria sido condenado por homicídio doloso qualificado, e que teria matado o Sr. Giuseppe Florentino em razão de uma disputa comercial. Aproveitando-se da distração da vítima e eliminando sua capacidade de se defender, José Manuel disparou à queima roupa por duas vezes contra Giuseppe, que morreu imediatamente no local.

Ocorre que ultrapassado o sumário da culpa e tendo os autos encaminhados ao plenário, notou-se a ausência de prova obrigatória prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se do exame de corpo de delito previsto no art. 158 do Código de Processo Penal e cuja espécie probatória deve ser produzida em ações penais que visam apurar a prática de crimes materiais.

Como se sabe, de acordo com a doutrina, crime material é aquele cuja conduta, quando praticada, deixa vestígios, isto é, altera o mundo natural e precisa ser examinada por pessoas com conhecimento na área. O código de processo determina que o exame de corpo de delito deve ser elaborado por um perito oficial ou dois especialistas nomeados, quando não houver na comarca um perito.

No caso em exame, observa-se que o crime, objeto de investigação, deixa vestígios que só poderiam ser analisados por especialistas (peritos ou nomeados), que deveriam oferecer um laudo que explicasse o estado do corpo e a possível causa da morte, entre outros quesitos. Ocorre que, apesar de obrigatória a produção desta prova, o exame não foi produzido, o que prejudicou a análise do caso. A consequência pela omissão é a nulidade do processo, conforme alínea b do inc. III do art. 564 do CPP, a saber: “b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167”.

Sobre a alegação do Ministério Público a respeito do livre convencimento motivado, o exame de corpo de delito é uma exceção no ordenamento que, apesar de não determinar o valor dessa prova para todos os casos concretos, determina a sua produção, já que o conteúdo da prova exige uma análise técnica em relação à qual os operadores do direito não são obrigados a dominar.

Além disso, o julgamento pelo tribunal do júri em sua segunda fase não é feito integralmente pelo sistema do livre convencimento motivado, mas pela íntima convicção dos jurados, que deverão decidir com base nas provas obrigatórias e em outras devidamente reunidas, ou seja, aquelas pelas quais eles se sentiram mais convencidos. Isso ocorre sem que se fundamente a escolha e devido ao princípio peculiar deste procedimento, denominado princípio do sigilo das votações.

Nesse sentido e por todo exposto, anulo o julgamento para cassar a decisão condenatória proferida e retornar os autos para o tribunal do júri da comarca, para que nova sessão seja marcada e que o exame esteja devidamente juntado aos autos.

P.R.I.

Porto Alegre – RS TJRS

Desembargador Relator.....

Avançando na prática

Obriga-se, mas não se vincula

Descrição da situação-problema

Daniel foi condenado pelo crime de estupro, cometido contra sua funcionária Cristiana, no Hospital Sobreviver da cidade de Viçosa, em Minas Gerais. Segundo consta na acusação formal apresentada pelo Ministério Público, Cristiana estava dormindo quando Daniel entrou

no recinto e praticou atos libidinosos sem a permissão da vítima. Ao acordar, Cristiana conseguiu retirar Daniel do recinto e chamou a polícia. O exame de corpo de delito restou-se inconclusivo. Em sede de apelação, Daniel pediu a reforma da sentença alegando que a prova obrigatória não teria corroborado com a acusação pelo que a absolvição seria a única medida correta nestes autos. Se você fosse julgador neste caso, o que você faria?

Resolução da situação-problema

Observa-se que, neste caso, o magistrado deverá analisar os autos e avaliar a prova mais convincente produzida e fundamentar a sua decisão. Embora o exame de corpo de delito seja inconclusivo, eis que em algumas hipóteses de estupro não restará quaisquer vestígios. O magistrado deverá analisar todo o conjunto probatório para proferir sua decisão, não se vinculando apenas à dita espécie de prova material. Assim, caso as declarações da vítima sejam convincentes, bem como o depoimento de testemunhas ou mesmo imagens das câmeras internas que indiquem a situação de violência presumida sofrida, o julgador poderá proferir a decisão condenatória. Aliás, o princípio do livre convencimento motivado permite justamente que o julgador escolha qualquer prova, desde que tal decisão esteja devidamente fundamentada no sentido de demonstrar os elementos fáticos e jurídicos que convenceram o magistrado acerca do crime cometido e seu autor.

Faça valer a pena

1. Douglas é um delegado da comarca de uma cidade do estado do Rio de Janeiro. Ele tinha sede de justiça, mas acabou extrapolando as suas funções. Para apurar o homicídio ocorrido perto de sua delegacia, Douglas conduziu coercitivamente Lenilson, um dos suspeitos do crime, o qual negava qualquer participação no delito quando Douglas resolveu utilizar de métodos mais persuasivos “para lhe arrancar a verdade”, nas palavras de Douglas. O delegado usou a tortura durante duas horas até que Lenilson confessou o crime.

Acerca do procedimento adotado pelo delegado, analise as opções a seguir e marque a única afirmativa correta:

- a) A confissão é uma prova admitida no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o meio para obtê-la não deve ser analisado.
- b) A tortura pode ser utilizada para fins de os órgãos investigadores conseguirem descobrir a verdade com relação aos fatos.
- c) A tortura, quando praticada na fase do inquérito policial, pode ser utilizada por policiais, já que este procedimento administrativo não estaria sujeito a nulidades.
- d) Apesar de ser um meio de prova válido, quando extraída através de tortura, a confissão deve ser considerada nula, já que foi obtida por um meio proibido pelo ordenamento jurídico.
- e) A única ilegalidade percebida neste caso refere-se à condução coercitiva, considerada uma forma inadequada ao princípio do *nemo tenetur*.

2. Durante um assalto a uma rede de supermercados, Ricardo foi flagrado por uma câmera que registrava todos os acontecimentos no local. Durante as investigações, o delegado então solicitou uma cópia das imagens para identificar o autor do delito. O gerente então entregou-lhe as cópias por meio de um CD que foi juntado ao inquérito.

De acordo com os seus conhecimentos sobre processo penal, responda: a imagem de vídeo que registrou a prática de crimes deve ser considerada qual das espécies probatórias abaixo? Assinale a alternativa correta:

- a) Prova testemunhal.
- b) Prova documental.
- c) Acareação.
- d) Prova pericial.
- e) Prova proibida por violar o princípio do *nemo tenetur*.

3. Em cumprimento ao mandado de busca e apreensão na casa de um prefeito para investigação de crimes econômicos e contra a administração pública, a polícia descobriu que o investigado mantinha diversas armas de uso restrito em sua propriedade. Diante disso e, apesar de não constar no mandado de busca, o prefeito foi preso em flagrante e o material foi devidamente apreendido em razão da prática do crime de posse/porte de armas de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei do Desarmamento.

Sobre a conduta dos policiais, escolha a única opção correta:

- a) A prova é ilegal, uma vez que extrapolou os limites do mandado de busca e apreensão que versava sobre crimes econômicos.
- b) A prova é ilegal, visto que o acusado produziu prova contra si mesmo.
- c) A prova é legal, vez que o crime praticado pelo prefeito é permanente, podendo neste caso configurar flagrante delito e assim extrapolar os limites do mandado de busca e apreensão.
- d) A prova é legal, já que o mandado de busca e apreensão autoriza os policias a recolherem tudo que julgarem ser fruto de crime.
- e) A prova é ilegal, uma vez que os crimes em flagrante exigem prévia autorização do juiz para prender e apreender o material.

Seção 4.2

Noções gerais dos atos processuais e judiciais

Diálogo aberto

Caro aluno,

Depois de aprendermos as principais noções sobre provas no processo penal devemos abordar neste momento as funções de cada sujeito no processo, bem como os atos realizados por ele, e, por fim, o modo pelo qual tomarão ciência e a contagem do prazo para se manifestarem nos autos. Focaremos, então, no estudo de suas espécies, previsão legal e finalidade, e, principalmente, analisaremos tudo isso de acordo com o sistema que consideramos mais adequado e coerente com o nosso paradigma constitucional. Será importante que você entenda os atos processuais executados no processo, pois é a partir disso que poderão deduzir a forma pela qual poderão ser questionados de forma e tempo mais apropriados.

Claro que não poderíamos abordar a matéria sem antes avançar no nosso caso fictício que serve como uma aplicação prático-teórica do nosso conteúdo. Está lembrado? José Manuel era um produtor de vinhos descendente de portugueses que se sentiu incomodado com a vinda de imigrantes italianos para a sua região, nas serras gaúchas. Com o aumento da concorrência, José Manuel poderia ter melhorado a competitividade de sua produção, mas resolveu tomar o caminho mais inconsequente. Ele ceifou a vida de Giuseppe Florentino, acreditando que pudesse ficar impune e voltar a dominar a comercialização da bebida. Uma vida foi eliminada, mas a concorrência não foi vencida, já que José Manuel foi identificado como autor do crime. Ausente o corpo de delito, a decisão de pronúncia foi anulada, retornando os autos à primeira instância onde deveriam ser instruídos com a prova obrigatória para prosseguir com o julgamento.

E assim foi feito. Prova juntada, instrução refeita, nova decisão de pronúncia proferida nos autos. Mas a defesa de José Manuel

continuava insatisfeita com a decisão. Segundo seus defensores, o juiz teria abusado de argumentos e explicações para fundamentar essa nova decisão o que poderia influenciar o julgamento pelos jurados na fase de plenário. Com base nisso, a defesa aguardou a intimação da decisão para poder se manifestar. José Manuel percebia que sua situação estava se agravando a cada dia mais. Será que ele ainda poderia exercer sua defesa de alguma forma? Qual é a natureza jurídica da decisão de pronúncia? E da sentença? Como tomar conhecimento dos atos praticados no processo?

Estas e outras questões serão explicadas nesta seção, combinado? Vamos em frente!

Não pode faltar

Caro estudante,

Preparado para continuar essa jornada pelo processo penal brasileiro? Nosso estudo dessa matéria tão importante se iniciará agora pelos atos processuais.

Como se sabe o processo é formado por três sujeitos e duas partes. De um lado o acusador, normalmente exercido pelo Ministério Público, do outro, a defesa, e no meio equidistante e imparcial, o julgador. É importante que se tenha ciência que o advogado não é parte, mas representa uma delas. A função mais comum do advogado é justamente representar o investigado/acusado, embora também seja possível a este mesmo profissional atuar do outro lado, seja através do instituto do assistente de acusação, seja também como representante do querelante.

Algumas teorias tentaram excluir a natureza dialética do processo penal, afirmando que neste ramo do direito o Ministério Público não poderia ser tratado como parte propriamente dita, já que não teria interesse no processo. Premissa falaciosa, porque, embora promotores e procuradores da República não tenham interesse privado em ações penais, aliás sequer poderiam, por exercerem um cargo público, ambos devem defender o interesse de suas funções que é exercer a pretensão acusatória contra aqueles que considerarem autores de crimes. Embora devam agir no primeiro

instante com imparcialidade, a manifestação nos autos por parte destes órgãos acusadores também faz delimitar sua atuação e expressar sua posição sobre os fatos, o que acaba inevitavelmente rompendo com a imparcialidade inicial e exigida para qualquer carreira pública no exercício jurisdicional.

Nesse sentido, podemos afirmar que sim, réu e acusador são partes com interesses distintos e o juiz é um sujeito do processo, que examinará as provas e argumentações utilizadas por cada um para proferir um julgamento justo. Resumindo:

- a) Ministério Público: exerce a pretensão acusatória.
- b) Defesa: trabalha pela manutenção do estado de inocência.
- c) Juiz: assegura o cumprimento dos direitos fundamentais e avalia as provas, bem como as respectivas versões trazidas pelas partes.

Vamos falar um pouco sobre a comunicação dos atos processuais? A relação jurídica no processo se estabelece com a citação do acusado para responder em juízo os fatos imputados pela acusação. Contudo, antes mesmo deste ato, é preciso afirmar que no processo penal o acusado poderá defender-se em fases anteriores. Aliás a própria Constituição afirma que os acusados em geral têm direito à ampla defesa e ao contraditório, tendo a doutrina utilizado justamente esse termo “em geral” para estender os referidos princípios aos investigados e suspeitos que desejam esclarecer fatos na fase de inquérito.

Contudo a citação continua sendo o meio mais comum para apresentar ao acusado os termos de uma acusação formal contra a qual ele deverá defender-se. De acordo com a doutrina, citação é ato que possibilita ao réu ser informado sobre o teor da acusação formal apresentada em juízo, chamando-lhe para se defender em prazo estipulado legalmente.

Em suma, é a citação, portanto, o instrumento através do qual os direitos fundamentais como o da ampla defesa e do contraditório poderão ser exercidos mais diretamente, já que o réu tomará conhecimento da acusação imputada contra si, precisamente, para que apresente sua defesa e possa manter o seu status de inocente.

É por isso que a validade da citação é extremamente importante para a garantia do devido processo jurídico, sem a qual poderá configurar-se uma nulidade, conforme o art. 564, inc. III do Código de Processo Penal.

E como apurar a validade da citação? Segundo os arts. 352 a 357 do Código de Processo Penal, este ato deve ser procedido por um oficial de justiça, a qualquer hora do dia, pois este vai se dirigir ao endereço do réu e vai entregar-lhe a cópia da acusação formal.

Para cada rito, poderá existir um prazo para manifestação, mas no rito comum ordinário o acusado terá um prazo de 10 dias para se manifestar. Duas perguntas:

E se o réu morar em comarca distinta daquela onde está sendo processado? Neste caso o juiz competente deverá expedir uma carta precatória exclusivamente para citar o réu. Morando no exterior e conhecendo seu domicílio, o juiz deverá expedir uma carta rogatória.

E no caso de o acusado ser encontrado e não apresentar a defesa dentro do prazo exigido legalmente? Neste caso será decretada a revelia, embora os efeitos deste ato se diferenciem do processo civil. Ao contrário do que possa parecer, no processo penal, o estado de inocência não pode ser atingido pela negligência da defesa. Assim não serão presumidos como verdadeiros os fatos imputados ao réu revel, embora não haja mais a obrigação de informá-lo sobre os atos executados no processo.

No processo penal podemos identificar ao menos três formas de citação: real, ficta e por hora certa.

- A citação real ocorre quando o oficial de justiça localiza o acusado e entrega-lhe o mandado de citação para que possa o réu oferecer sua defesa.
- A citação ficta ocorre quando o oficial de justiça esgota as possibilidades para encontrar o acusado no domicílio indicado, tendo o magistrado que fazer a citação por edital. O objetivo deste ato é impedir a paralização da ação penal e, com isso, formar a relação processual quando o réu se

encontra em local incerto ou não sabido. Presumia-se a ciência pelo réu da acusação com esse ato, mas a lei foi recentemente alterada e agora o acusado tem um prazo de 15 dias para constituir um advogado e manifestar-se nos autos. E quais são os efeitos dessa citação? Hoje a legislação define que após o prazo acima, o juiz deverá suspender o processo até a localização do réu. Antes disso, caso haja necessidade, o juiz poderá determinar a realização de atos instrutórios de urgência, ou seja, a realização de provas que poderão perecer durante a paralização do trâmite processual. E mais, o juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, fundamentando a sua necessidade junto com os pressupostos do art. 312 e 313 do CPP.



Assimile

Antes que se proceda à citação por edital, o juízo deve oficializar todas as prestadoras de serviço público para que seja informado o endereço mais atualizado do réu. Assim, oficializam-se empresas de telefonia, energia, água, bem como órgãos públicos, como a justiça eleitoral, que podem contribuir para a localização do acusado.



Pesquise mais

O que acontece quando o juiz cita por edital, mas o réu não se apresenta em juízo? Sugiro que leia sobre as hipóteses traçadas pela doutrina e o entendimento jurisprudencial dominante, na obra *Direito Processual Penal*.

LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 549-558.

- Hora certa: recentemente incluída na nossa legislação, a citação por hora certa é o meio através do qual procede-se a informação da acusação imputada contra aquele que tem se ocultado propositadamente. É importante aqui observar que não basta a não localização do indivíduo pelo oficial, pois este deve perceber que o réu procura se ocultar da citação pessoal. Para realizar esse procedimento de citação por hora

certa, o oficial deverá comparecer no domicílio do acusado duas vezes e anotar sinais de possível ocultamento (simulação de casa vazia, horários desconstruídos propositalmente, entre outros). A partir disso, o oficial deixará uma carta com aviso de recebimento e a informação de que teria sido citado por hora certa. Os efeitos são semelhantes à citação pessoal, já que deverá o réu constituir defesa e apresentar sua manifestação dentro do prazo legal. E se o acusado não fizer? Bem, aqui há pelos menos duas correntes:

- Aury Lopes Jr.: o juiz deverá citar por edital e suspender o processo.
- Renato Brasileiro: adotando uma posição majoritária, o doutrinador explica que o juiz deverá nomear um advogado dativo que oferecerá defesa no prazo legal.



Refleta

O que você acha da citação por hora certa? A doutrina diverge a respeito. Se por um lado concede-se um poder para que o oficial de justiça execute um ato prejudicial à defesa com base numa desconfiança que poderá ser falsa, por outro, não se pode premiar pessoas que tentem esconder-se propositalmente, evitando a aplicação da lei penal. O que seria mais correto para você?

Caso o acusado seja localizado e citado pessoalmente ou mesmo por hora certa e não constitua advogado, nem tampouco apresente sua defesa, de acordo com o art. 367 do CPP, ele deverá ser declarado revel. E quais são os efeitos da revelia? Segundo o Código, o juiz deverá nomear um advogado, deixará de intimá-lo pessoalmente para os atos do processo, mas não poderá presumir como verdadeiros os fatos imputados na denúncia/queixa. Aqui há uma exceção: mesmo revel, o acusado tem o direito de ser intimado da sentença para que tome conhecimento dos termos da decisão e possa se manifestar, interpondo, por exemplo, o respectivo recurso.

Já exploramos um ato de comunicação processual, a citação. Agora precisamos abordar um outro ato igualmente importante: as intimações.

Segundo consta no Código de Processo Penal, a intimação é o ato pelo qual se informa à parte interessada sobre um ato pretérito. Nesse sentido, tanto a defesa, quanto a acusação serão informadas sobre um ato já executado. É por meio desta comunicação que o juiz terá certeza quanto à ciência do intimado sobre a realização de um ato no processo. Cada sujeito é intimado da seguinte forma no processo penal:

- Advogado: o procurador constituído nos autos deve ser intimado via publicação. Isso inclui advogados de defesa do querelante e do assistente de acusação. No caso de defensor, deve-se intimar.
- Réu: intimação pessoal.
- Ministério Público: intimação pessoal, encaminhando os autos para a sua respectiva instituição.
- Defensor dativo: intimação pessoal.
- Defensoria Pública: intimação pessoal com prazo em dobro para a realização de algum ato para o qual foi intimado.

Você já deve ter ouvido falar que no processo civil, a contagem de prazos foi alterada recentemente pelo novo Código de Processo Civil que passou a desconsiderar os dias não úteis. Assim, quando as partes são intimadas para a interposição de um recurso, contam-se somente os dias úteis no processo civil. O mesmo não podemos dizer do processo penal, que ainda considera os dias úteis e não úteis quando o prazo já se encontra em curso. Para a contagem do prazo devemos fazer do seguinte modo: não se computa o primeiro dia da intimação, incluindo-se, contudo, o dia do vencimento. Mas atenção! Para iniciar e terminar consideram-se apenas os dias úteis. Se a intimação for na sexta, inicia-se no primeiro dia útil subsequente, se terminar em fim de semana e feriados, prorroga-se para o próximo dia útil. Onde podemos verificar essas informações? Está tudo previsto no art. 798 do CPP, veja:



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

§ 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

§ 2º A terminação dos prazos será certificada nos autos pelo escrivão; será, porém, considerado findo o prazo, ainda que omitida aquela formalidade, se feita a prova do dia em que começou a correr.

§ 3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

§ 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária. (BRASIL, 1941)



Exemplificando

Se a defesa for intimada de uma decisão na quinta-feira, tendo 5 dias para se manifestar, por exemplo, interpondo o respectivo recurso, inicia-se a contagem do prazo na sexta-feira e este continua durante o fim de semana até terminar na terça-feira. Se este dia for um feriado, estende-se para a quarta-feira (isto é, o primeiro dia útil subsequente).

Em suma, os prazos processuais penais, como dito acima, não podem ser interrompidos nem tampouco suspensos em fins de semana, férias ou feriados, correndo de forma contínua (isto é, sem interrupção) após o início da contagem.

Por fim, temos a notificação. Por este ato comunica-se ao interessado sobre um ato processual que ainda será executado. Assim haverá audiência numa data marcada pelo que se notifica para o seu comparecimento.

Vamos abordar agora e brevemente os atos processuais, que existem em três espécies:

- a) Atos postulatórios: são atos através dos quais se pede algo para o julgador.
- b) Atos instrutórios: atos através dos quais as fontes de prova se concretizam no processo, tornando-se meios de prova. Assim a fonte de prova, testemunha, se transforma em depoimento testemunhal (meio de prova).

c) Atos judiciais: são aqueles pelos quais o magistrado, e somente ele, se manifesta normalmente para o encerramento de uma fase ou do próprio processo.

De acordo com a doutrina, podemos destacar quatro espécies de atos judiciais que nos interessam mais por agora, são estes:

Despacho: É um ato de impulso processual que permite o seguimento dos autos sem resolver qualquer controvérsia. Por exemplo, determinação de juntada de documento. Ou seja, é uma mera movimentação administrativa sem solucionar o processo, mas essencial para o julgamento.

Decisões interlocutórias

- Simples: trata-se de uma decisão que encerra uma questão processual, mas não enseja em si um recurso próprio, embora possa ser discutida em sede de ações autônomas. A doutrina, contudo, destaca alguns exemplos em que caberia recurso contra essa modalidade de decisão. É o caso, por exemplo, da exceção de competência.
- Mistas: trata-se de uma decisão que encerra uma fase do processo sem, contudo, atingir ou analisar o mérito da acusação. A decisão é capaz de encerrar tanto um processo específico apartado quanto uma fase procedimental.

Decisões definitivas ou com força de definitivas

- Por esta decisão encerra-se um processo acidental, resolvendo o mérito daquela respectiva questão sem atingir, por óbvio, a pretensão punitiva propriamente dita. Isso ocorre quando se determina a restituição de coisa apreendida, cancelamento da hipoteca ou a exceção de litispendência.

Sentença

- Trata-se de uma decisão que enfrenta o mérito da ação penal, condenando ou absolvendo o acusado ao analisar a autoria, a materialidade, a correta tipificação entre a

conduta imputada e o texto legal, bem como a pena a ser fixada. Além disso, na sentença também é possível ocorrer o reconhecimento da inimputabilidade do réu, justificando a absolvição imprópria.

Caro aluno, nesta seção pudemos analisar diversos institutos para que você tenha uma visão geral da matéria. Esperamos você na última parte deste material. Até lá!

Sem medo de errar

José Manuel praticou um homicídio doloso, crente de que sairia impune. Ledo engano, pois foi identificado como autor dos disparos que matou Giuseppe Florentino. Ausente o corpo de delito, o processo foi reiniciado agora com o exame obrigatório exigido pela legislação. Com isso, o magistrado pronunciou José Manuel, mas a defesa considerou que houve excesso de linguagem, pretendendo exercer, uma vez mais, o direito ao duplo grau de jurisdição, mas antes disso precisa saber: qual é a natureza da decisão de pronúncia? É a mesma natureza da sentença? Qual é a diferença? Como ocorre a informação sobre um ato judicial praticado no processo?

A decisão de pronúncia proferida nos autos é classificada pela doutrina como uma decisão interlocutória mista, já que encerra uma fase processual sem julgar em definitivo a pretensão punitiva. Difere, assim, da sentença que analisa o mérito da ação penal, seja para condenar, seja para absolver o réu.

Com a intimação, toma-se conhecimento do ato judicial, sendo que esta será feita por mandado para as partes, enquanto que os advogados devem ser intimados por meio de publicação dos diários de justiça. A intimação difere-se da citação, já que esta última informa ao réu sobre uma acusação, dando à primeira oportunidade para o contraditório. Já a notificação informará sobre um ato do passado e chamará para a realização de outro no futuro.

Assim, podemos concluir que o acusado, o seu José Manuel, deverá ser intimado pessoalmente da pronúncia proferida contra si. Seu advogado será intimado por publicação em Diário de Justiça, podendo ambos interpor outro recurso contra essa decisão interlocutória mista.

Uma vida linda que se desfez

Descrição da situação-problema

Roberval era um menino que teria todas as oportunidades na vida, mas ocorre que esse garoto, sobre o qual se depositava grande expectativa, começou a fazer uso de substância entorpecente quando tinha ainda 18 anos de idade. Influenciado por amigos, Roberval experimentou, primeiramente, drogas menos lesivas até um ponto determinado em que o efeito delas reduzia-se consideravelmente. Em busca de melhor experiência, Roberval passou a usar derivados de cocaína, o que despertou nele um surto de esquizofrenia. Apesar do tratamento, Roberval já não tinha consciência da realidade, vivendo na maior parte do tempo em delírio e alucinações. Em determinado dia, Roberval foi preso ao agredir um pedestre que passava pelo centro da cidade de São Paulo. A lesão foi caracterizada como de natureza grave, segundo o exame de corpo de delito juntado aos autos. Após a audiência de instrução e julgamento, Roberval foi submetido a um exame de sanidade mental através do qual foi diagnosticada a esquizofrenia, sendo que, na data dos fatos, Roberval já não tinha total consciência da realidade. Os autos foram conclusos para que fosse proferido um julgamento com base exclusivamente nos dados desta situação. Se você fosse assessor de um juiz que lhe requisitasse para redigir um ato judicial nessa fase, qual das decisões você proferiria para analisar a conduta de Roberval? Quais são as características dessa espécie de ato judicial?

Resolução da situação-problema

A sentença absolutória imprópria também analisa autoria e materialidade como elementos para a imposição de uma medida de segurança. Nesse sentido, ultrapassada a fase de instrução e julgamento, com um exame de sanidade mental juntado aos autos, você, como assessor do juiz, deverá redigir uma sentença

absolutória imprópria. Isso porque deve-se analisar a autoria e a materialidade para restringir a liberdade do agente. Mas, ao invés de fixar uma pena privativa de liberdade contra Roberval, o julgador deverá decretar uma medida de segurança considerando que o acusado era inimputável ao tempo da ação delitiva.

Faça valer a pena

1. Para responder a uma acusação imputada pelo Ministério Público, o denunciado recebeu um documento expedido pelo juiz, o qual foi entregue pelo oficial de justiça e no qual se informava que o réu tinha o prazo de 10 dias para constituir advogado e apresentar sua defesa.

De acordo com o texto acima, qual foi o ato pelo qual o juiz mandou informar ao réu sobre a acusação que pesava contra si? Assinale a alternativa correta:

- a) Citação real.
- b) Intimação.
- c) Notificação.
- d) Citação ficta.
- e) Revelia.

2. José foi citado para apresentar resposta por escrito contra uma acusação imputada pelo Ministério Público que dizia ter sido ele o autor de um crime contra o patrimônio. A citação ocorreu no dia 7 de agosto de 2018. No dia seguinte, José entra em contato com o advogado e o contrata para atuar em sua defesa.

De acordo com o CPP e considerando o texto acima, qual é a data limite para o advogado apresentar a resposta por escrito em favor de José? Assinale a alternativa correta:

- a) Depende do momento em que a citação retornar ao juízo, uma vez que se começa a contar o prazo no momento em que tal documento for juntado aos autos.
- b) Deve-se contar o prazo ignorando o dia da citação e incluindo o dia do término. Assim, termina-se a contagem do prazo no dia 17 de agosto de 2018.

- c) Deve-se contar o prazo ignorando o dia do término e incluindo o dia da citação. Assim, termina-se a contagem do prazo no dia 16 de agosto de 2018.
- d) Deve-se contar o prazo ignorando o dia da citação e incluindo o dia do término. Além disso, segundo o novo Código de Processo Civil não são considerados os dias não úteis, de maneira que a contagem do prazo do caso acima termina no dia 21 de agosto de 2018.
- e) O prazo começa a contar no dia em que o advogado for contratado, ignorando o primeiro dia e incluindo o dia final. Assim o prazo termina no dia 20 de agosto de 2018.

3. Ao analisar a ação penal ajuizada pelo Ministério Público e devidamente instruída após a audiência de instrução e julgamento, o magistrado resolveu condenar o acusado à pena de 4 anos de reclusão em razão da prática do crime de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal.

De acordo com os dados acima e com a matéria no Código de Processo Penal, qual espécie de decisão foi proferida nos autos? Assinale a alternativa correta:

- a) Despacho.
- b) Decisão interlocutória simples.
- c) Decisão interlocutória mista.
- d) Sentença.
- e) Decisão definitiva ou com força de definitiva.

Seção 4.3

Noções gerais dos recursos penais

Diálogo aberto

Estimado aluno,

Conforme podemos extrair da leitura da obra de Pacelli (2017), toda teoria deve ser elaborada no mais alto grau de abstração para que dela possamos abranger o maior número de situações que a ela estarão sujeitas.

A teoria geral do recurso não tem essa pretensão de se tornar uma teoria tão abrangente, com conceitos e metodologias próprios, mesmo porque tal papel deve ser atribuído para uma teoria geral do processo. Por isso, segundo o autor, quando nos referimos à teoria geral dos recursos, na verdade, tentamos mais atribuir a esta expressão o sentido de aspectos gerais dos recursos, destacando: elementos, características e princípios peculiares.

Os recursos exercem uma função importantíssima para a atividade jurisdicional. Primeiramente porque é através deles que o próprio Estado poderá fiscalizar e controlar os atos jurisdicionais. Diminui-se o erro, não apenas quando alguém nos corrige, mas quando todos sabem que estão sujeitos à correção por parte de outrem. Em segundo lugar, porque tal modelo favorece ainda a amplitude da defesa, quando permite a apreciação da matéria por julgadores, em regra, mais experientes e normalmente livres de uma certa pressão imediatista e emocional a que os juízes de primeiro grau estariam mais sujeitos.

Dessa forma, pode-se afirmar que os recursos no processo penal, assim como em qualquer outra seara jurídica, devem ser interpostos com o objetivo de alterar a sentença/decisão prolatada, reformando, anulando ou mesmo esclarecendo-a em aspectos sobre os quais produzirá efeitos jurídicos contrários aos interesses da parte recorrente.

Todavia, diferentemente do que ocorre em primeira instância de julgamento, um dos princípios que move a teoria geral dos recursos é a voluntariedade. Isso porque, a interposição não é obrigatória, nem tampouco provocará qualquer penalidade. Por outro lado, isso não exime seu titular de sofrer com os efeitos em razão dessa postura. Aliás, os efeitos da revelia perto da renúncia ao recurso chegam a ser irrisórios. Em caso de não interposição pelo seu respectivo titular, tal situação provocará algo além da mera ausência de participação do réu para a construção de uma decisão final, que é efetivamente o trânsito em julgado da decisão. Com isso, a parte sucumbente não corre o risco, mas sim arca com as consequências próprias e inerentes pela não satisfação do seu interesse, neste momento, em caráter definitivo (salvo questões de revisão criminal que não faz parte do escopo deste material).

Para facilitar a compreensão sobre a matéria, retomaremos o caso que envolve José Manuel, contra quem foi proferida uma decisão de pronúncia pelo crime de homicídio doloso. A defesa de José Manuel interpôs recurso em sentido estrito pleiteando excesso de linguagem da decisão de pronúncia. A terceira câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não acolheu o pedido e manteve a decisão. De volta à primeira instância, agora José Manuel será julgado pelo plenário do júri.

Após a sustentação oral das partes, os jurados procederam à votação para condenar ou absolver o réu. Ocorre que o Presidente do Tribunal do Júri deixou de oferecer aos jurados quesitos obrigatórios para votação. Quesitos são aquelas perguntas que os jurados recebem e devem responder apenas com voto (sim ou não) quanto aos elementos que confirmam o crime, dentre os quais: existência de prova de autoria materialidade, autoria ou qualquer hipótese de absolvição do acusado. A omissão de qualquer quesito obrigatório é caso de nulidade absoluta do julgamento, mas, acredite: o magistrado assim o fez. A defesa poderá interpor algum recurso contra a condenação? Qual espécie de recurso poderá ser interposto? Qual é o prazo? Qual fundamento legal poderá sustentar esse recurso?

Bom estudo!

Não pode faltar

Prezado aluno,

Como decorrência do princípio do duplo grau de jurisdição, o autor Aury Lopes Jr. (2017) afirma que os recursos baseiam-se na falibilidade humana representada pelo julgador que, apesar de presumirmos que tenha razoável conhecimento jurídico, boa-fé, boa técnica e experiência, ainda assim, como qualquer outro ser humano, está suscetível a erros. Desse modo, entrega-se para uma outra instância a apreciação de questões processuais e materiais discutidas anteriormente para que este novo órgão possa melhorar o provimento judicial, adequando a aplicação do caso concreto à norma e uniformizando o entendimento já consagrado para que situações iguais sejam tratadas igualmente e os desiguais desigualmente (parafraseando Aristóteles).



Pesquise mais

Os recursos decorrem, como já antecipamos, do princípio do duplo grau de jurisdição. Qual é a natureza desse princípio constitucional (implícito ou explícito), infraconstitucional ou supralegal? Para saber mais sobre essa discussão, indicamos a leitura das obras do Prof. Aury Lopes e do Prof. Eugênio Pacelli:

LOPES, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Outro engano, que convém seja desde logo descartado, diz respeito ao excesso de recursos. Dizem algumas pessoas que os recursos servem para protelar decisões, já que na maioria dos casos não há qualquer alteração da decisão recorrida pelos órgãos recursais; e alegam que na Europa ou nos Estados Unidos os processos são mais céleres diante da escassez de hipóteses recursais.

Não é exatamente assim! Em primeiro lugar é preciso esclarecer que o Brasil é uma República Federativa maior do que a região

ocidental europeia. Em razão do nosso modelo federativo dividido em municípios, estados e a União, temos mais instâncias de julgamento, o que, conseqüentemente, exige mais opções. Por outro lado, devido à natureza detalhista e centralizadora da nossa Constituição, precisamos uniformizar o tratamento jurisdicional dispensado em todo o território nacional. Isso difere frontalmente do modelo estadunidense que volta e meia é chamado à ordem como paradoxo a ser seguido pelos brasileiros. Os Estados Unidos cumprem efetivamente o modelo federalista, pelo que os estados de lá têm competência para legislar sobre quase todas as matérias: civil, penal, administrativo, etc. Além disso, eles seguem o modelo da *common law*.



Exemplificando

Já ouviu falar da *civil law* e da *common law*? Se não, explicamos: a *common law* é um modelo de direito em que as normas surgem a partir dos precedentes julgados pelas cortes. Sua origem remonta à Inglaterra, onde se criou o modelo e a primeira acepção para a expressão, vejamos:



[...] “direito comum”, ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo Rei, na sua tarefa de impor uma lei comum a toda Inglaterra; tais cortes estavam subordinadas diretamente ao Rei, e suas decisões acabaram por suplantando os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra (este, portanto, antes da conquista normanda em 1066, denominado direito anglo-saxônico)⁸. Ao direito denominado *Common Law*, haveria um outro direito, a *Equity*, sistema jurídico emergente das decisões dos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e de atender a questões de eqüidade. (SOARES, [s.d.], [s.p.])

Nada contra o paradigma inglês, muito pelo contrário. Inclusive, sabe-se que ele é efetivamente exitoso e eficiente para seus fins. O problema é tentar comparar dois modelos, tentando trazer

elementos de lá como se estes se adaptassem ao nosso paradigma. E em razão de uma série de circunstâncias históricas, nossos sistemas são muitos diferentes e quase inconciliáveis. Por isso, pretender importar elementos recursais apenas por serem mais convenientes circunstancialmente não é a melhor solução para os nossos males.



Reflita

Querem saber como podemos tornar nossos processos mais céleres? Se todos os recursos fossem julgados no prazo, qualquer processo penal seria concluído no prazo máximo de dois anos. As partes são, em certa medida, obrigadas a interpor o recurso no prazo, sob pena de a decisão transitar em julgado. Ora, se a culpa não é dos sujeitos parciais que não podem perder o prazo sob pena de sofrerem com a sucumbência, qual órgão seria o responsável, portanto, pela demora dos julgamentos?

Em suma, nosso modelo é esse, bastante particular, cheio de defeitos, baseado em características próprias do nosso Estado e da nossa história pelo que convém muito mais otimizarmos aquilo que se encontra vigente do que mudarmos tudo e começarmos algo “do zero”.

Reduzir a quantidade de recursos não é solução para o problema. Para além de aumentar as chances de erro, reduz a percepção de fiscalização por um órgão superior e também viola nosso modelo constitucional e federativo. Se quisermos reduzir o tempo gasto para alcançarmos o trânsito em julgado de processos, a solução é mais simples do que se tem feito até o momento, qual seja: acabar com as etapas mortas do processo. Ou seja, é preciso diminuir o tempo gasto pelo próprio Estado para dar andamento aos processos, ao invés de economizarmos com as etapas destes. Vejamos pelas próprias palavras de Humberto Theodoro Jr. (2004):

O retardamento dos processos, impende reconhecer, quase nunca decorre das diligências e prazos determinados pela lei, mas, em regra, é o resultado justamente do desrespeito ao sistema legal pelos agentes da Justiça. “Quem contemplar os



prazos previstos em lei ou nos regimentos dos tribunais verá que se forem respeitados o tempo necessário à tramitação do processo deixará de ser o fantasma que tanto assusta. O que retarda intoleravelmente a solução dos processos são as etapas mortas, isto é, o tempo consumido pelos agentes do Judiciário para resolver e praticar os atos que lhes competem. O processo demora é pela inércia e não pela exigência legal de longas diligências. (THEODORO JR., 2004, p. 15)

Ultrapassada esse breve, embora necessária introdução, precisamos avançar agora explicitando algumas características dos recursos processuais. Vamos a eles. Os recursos, no processo penal, são regidos pela **voluntariedade** daqueles que os interpõem. Isso significa que recorrer não é uma etapa obrigatória a que todas as partes devem se submeter, mas apenas quando vislumbrarem decisões, em sentido amplo, que desafiem a revisão por um órgão *ad quem*. Existem exceções? Sim, infelizmente. No processo penal ainda encontramos quatro hipóteses de recursos que são manejados sem a provocação do interessado. Para esse material é importante destacar apenas um exemplo, exposto, inclusive, em enunciado da Súmula 423 do STF, veja só: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*” (BRASIL, 2002).

A violação do sistema acusatório, aqui, é patente. O titular da ação penal é o Ministério Público, órgão oficial em ação penal pública. Não tendo ele interesse de questionar a decisão, não caberia à legislação prever esse recurso de ofício, principalmente quando tal possibilidade só versa para uma das hipóteses da decisão, aquela que concede habeas corpus. Outra questão interessante e que confunde muitos alunos: **recurso não é um novo processo**, mas a continuação de uma fase do processo anterior (seja de conhecimento ou de execução) e cuja **decisão pretende-se reformar, alterar, cassar, integrar ou esclarecer**.



Assimile

Vamos reforçar aqui as três características do recurso: **voluntariedade**, **natureza de continuação** e **finalidade**: reformar, alterar, cassar, integrar ou esclarecer. Assim, o ensino fica mais leve, não fica?

Após o exame das características, avancemos rumo aos princípios recursais:

- Além de ser uma característica, a **voluntariedade** também é um princípio. Mas sobre ela já expusemos o suficiente. Vamos para o próximo.
- Um dos princípios mais importantes do processo penal chama-se **vedatio reformatio in pejus** (vedação à reforma prejudicial aos interesses do réu, em tradução não literal, mas em bom português). Por este princípio proíbe-se que um recurso interposto pela defesa seja, ao fim e ao cabo, prejudicial a ela. Sabe aquela história do professor que aceita revisar a sua prova e acaba diminuindo ainda mais a sua pontuação? Pois é, na escola e na faculdade isso é permitido, mas no processo penal, não. Se somente o réu interpuser um recurso, o máximo que pode acontecer é continuar as coisas como estavam. Jamais poderá existir uma reforma para piorar a situação da defesa, que recorreu sozinha. A recíproca é verdadeira? Ou seja, e se a acusação recorrer, mas a defesa mantém-se inerte, pode o tribunal reformar para melhorar a situação do réu? Sim, claro! No processo penal a verdade processual não pode jamais ir contra a inocência do acusado. Descobrimos-se que ele é inocente, não importa em que fase esteja (até mesmo no curso da execução/pena), ele não poderá pagar por algo que não cometeu.
- Outro princípio é o da **taxatividade**: nem todas as decisões desafiam recurso. Isso porque para se interpor um recurso é necessário que haja uma previsão sobre a qual se encaixa a decisão e contra a qual se pretende recorrer.
- Princípio da **unirrecorribilidade**: normalmente para cada decisão é cabível apenas uma espécie de recurso.
- **Contraditório** ou **dialecicidade**: a ciência jurídica é, em si, de racionalidade dialética, já que respostas prontas e definitivas não existem no Direito, visto que dependem de um confronto argumentativo e persuasivo para alcançarmos a verossimilhança. O recurso funciona da mesma forma, razões de um lado, contrarrazões de outro.



Nosso propósito, como você sabe, é introduzir um cenário mais generalista sobre os institutos do processo penal. E com recursos não seria diferente. Leia mais sobre outros princípios que ajudam a compreender essa área processual. Destacamos alguns que podem facilitar a sua pesquisa: fungibilidade, complementariedade e suplementariedade. Leia sobre tais princípios na obra:

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Interposto o recurso, o que efetivamente acontece? Isso é o que denominamos de efeito recursal. Existem quatro que merecem destaque, embora nem todas as espécies de recursos ostentem todos os efeitos ao mesmo tempo. Vejamos cada um deles:

- a) Devolutivo: contido numa noção própria de recurso, é por este efeito que se devolve ao Poder Judiciário matéria para reapreciação. Em novo julgamento, o tribunal estará limitado pelas matérias recorridas.
- b) Suspensivo: por meio deste princípio, havendo previsão legal, pode-se suspender os efeitos da decisão até a apreciação da matéria pelo tribunal para o qual se interpôs o recurso.
- c) Regressivo: poucos recursos preveem esse efeito, mas é possível que o próprio julgador que proferiu uma decisão retrate-se no momento em que analisa o recurso contra ele interposto.
- d) Extensivo: uma característica essencial do processo penal. Em questões que versam sobre matéria objetivamente compartilhada, a decisão favorável a um corréu, a outro deverá ser estendida, mesmo que não tenha sido alegado por este último, ou mesmo que sequer tenha o beneficiado recorrido. Se um réu alegar que não teria cometido um crime qualquer, dificultando, assim, a defesa da vítima, e tendo o outro réu manifestado-se sobre nada, o tribunal, caso reconheça a plausibilidade da alegação, deverá excluir esse agravante para ambos os corréus.

Requisitos para a interposição de recurso

Conforme dissemos anteriormente, o recurso não inicia um novo processo, mas constitui o desdobramento da mesma relação jurídica anterior. Assim, incorreto seria nomear os elementos recursais de outro nome que não sejam requisitos. Isso porque não se trata de condições ou pressupostos que sugerem uma relação própria processual, mas de imposições legais para do seu conhecimento. Segundo Aury Lopes Jr. (2017) existem cinco condições, quais sejam:

Requisitos objetivos

- Cabimento e adequação: o primeiro requisito deve ser dividido em dois. Cabimento refere-se à existência de uma decisão que pode ser recorrida. Já adequação é o meio correto para combater a decisão.

- Tempestividade: é aquele requisito que analisa a interposição dentro do prazo legal.

- Preparo: significa o pagamento das despesas recursais, o que só se aplica às ações penais de iniciativa privada.

Requisitos subjetivos

- Legitimidade: trata-se do interesse de pedir a impugnação.

- Existência de um gravame (interesse). Nas palavras de Aury Lopes (2017):

Inspirados em GOLDSCHMIDT, entendemos que todo recurso supõe, como fundamento jurídico, a existência de um gravame (pre-juízo) para a parte recorrente, isto é, uma diferença injustificada (na perspectiva de quem recorre, é claro), desfavorável para ela, entre sua pretensão (ou resistência, no caso do réu) e o que foi reconhecido e concedido na sentença impugnada. Cabe ao recorrente alegar o prejuízo para que o recurso seja conhecido e deve motivá-lo de forma legal para que seja fundado. (LOPES, 2017, p. 995)

”

Recursos em Espécie

O nosso Código de Processo Penal e a Constituição da República preveem os seguintes recursos contra as decisões proferidas em matéria criminal: Recurso em Sentido Estrito, Apelação, Agravo de Instrumento, Embargos de Declaração, Embargos Infringentes, Carta Testemunhável, Recurso Ordinário, Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Agravo em Execução. Vamos ao primeiro.

RESE (Recurso em Sentido Estrito)

Um dos recursos mais fáceis de serem identificados a partir da decisão proferida nos autos de um processo penal é este, conhecido no meio forense, como RESE (sigla formada pelas iniciais do Recurso em Sentido Estrito, seu nome oficial). Caracteriza-se por ter um dispositivo próprio no Código de Processo Penal que prevê taxativamente todas as hipóteses de cabimento. Nesse sentido, sempre que houver uma decisão nos autos, convém primeiramente analisar o art. 581 do CPP, que expõe todas as decisões que desafiarão o dito recurso.

O rol é extenso e você deve ler todas as hipóteses, mas aqui cabe uma boa dica que você não vai encontrar no código. Primeiramente, ignore as decisões que versarem sobre execução penal. Isso porque todas elas foram abrangidas pelo recurso chamado Agravo em Execução, incluído em 1984 no ordenamento brasileiro por meio da Lei de Execução Penal. Este conjunto normativo foi promulgado em 1984, mas, até o momento, o nosso Congresso não teve tempo para atualizar o CPP.

A segunda observação, embora não tão pacífica quanto à anterior, é a de que o Código de Processo Penal admite o uso da analogia para suprir lacunas na lei processual. A decisão que conceder, negar ou revogar suspensão condicional da pena caberá recurso em sentido estrito, conforme art. 581, inc. XI do CPP. Contudo, o Código nada diz sobre a suspensão condicional do processo, cujo instituto foi inserido pela Lei nº 9099/95. Para alguns doutrinadores essa omissão legislativa poderia ser suprimida com o uso da analogia, abrangendo a hipótese ainda não expressamente autorizada pela lei.

O prazo para a interposição do RESE será de cinco dias. Cumprida esta condição temporal, o recorrente terá mais dois dias para juntar as razões que justifiquem o pedido para reforma da decisão que foi contrária aos seus interesses. Conforme Aury Lopes (2017) observa, o RESE possui natureza mista de efeitos, já que incorpora dois deles: regressivos e devolutivos. O juiz que proferiu a decisão impugnada poderá retratar-se (efeito regressivo) após a interposição do recurso. Caso mantenha a decisão, o recurso será encaminhado junto com os autos ou por instrumento, sendo o conhecimento da matéria devolvido para um tribunal *ad quem* reapreciar o caso e analisar se é o caso de alterar a decisão de primeira instância.

Apelação

Recurso cabível contra sentenças ou decisões, com força de definitivas proferidas em primeira instância de julgamento. A apelação tem previsão legal no art. 593 do CPP que também elenca um rol de hipóteses de cabimento. É necessário reforçar que em ambos os casos (sentença ou decisão com força de definitiva) o processo extingue-se com o julgamento do caso, apreciando justamente o mérito.

Como dissemos anteriormente, a sentença analisa a pretensão punitiva ao apreciar a autoria, materialidade e a devida tipificação da conduta, definindo a absolvição ou a condenação do acusado.



Assimile

E as decisões com força definitiva decidem o quê? Como já dissemos em uma oportunidade anterior, decisão com força definitiva analisa o mérito de uma questão ou processo incidental.

Conforme observação de Pacelli (2017), a decisão apelável por excelência é a sentença que, por apreciar questões de fato e de direito, devolverá ao tribunal a maior variedade de matéria sujeita à alteração. Só um detalhe: as sentenças proferidas pelo tribunal do júri seguem uma lógica peculiar. Isso porque a soberania do tribunal do júri, para julgar crimes dolosos contra

a vida, não pode ser relativizada pelo tribunal, caso este órgão discorde do resultado fornecido pelos jurados. Assim, o que resta ao tribunal no procedimento do júri reflete somente questões processuais que são estas: nulidade posterior à pronúncia; sentença contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; erro na fixação da pena; e decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Quanto aos efeitos inerentes à apelação, o efeito devolutivo é o mais amplo, bastando a manifestação das partes para recorrer. No que concerne ao efeito suspensivo é preciso analisar dois cenários diferentes: se o réu for absolvido, mesmo que o Ministério Público venha a recorrer, caberá ao julgador restabelecer imediatamente a liberdade do acusado, uma vez ausente o *fumus commissi delicti*. Se o réu for condenado, e inexistindo razões cautelares do art. 312 do CPP, o julgador também deve restabelecer a liberdade, já que a Constituição garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

As partes terão o prazo de cinco dias para recorrer, facultando-se a interposição por meio de petição ou por termo no processo. Seguindo o mesmo procedimento adotado para o RESE, na apelação o recorrente também poderá juntar as razões em período posterior. Nesta modalidade recursal, contudo, o prazo será de oito dias corridos.

Embargos declaratórios

Os embargos são cabíveis contra decisões que apresentarem obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão. Eles devem ser opostos dentro do prazo de dois dias, provocando a interrupção dos prazos para os demais recursos do Código de Processo Penal.

É tudo? Não, há muito ainda para ser descoberto por você. As normas são essas mesmo, e o que nos propusermos a fazer foi apenas generalizá-las para melhor contextualização da matéria. Para saber mais, leia os livros recomendados. Até a próxima!

Lembra-se de que José Manuel foi condenado pela morte de Giuseppe Florentino? Ocorre que a formalidade é a garantia de um processo, cuja obediência pelo operador dos direitos aos princípios fundamentais conduzirá a uma decisão legítima. Por melhores que sejam as provas condenatórias no processo penal, incluindo exames periciais e uma confissão verdadeira e espontânea, José Manuel só pode ser condenado num processo que cumpra com o rito previamente estabelecido. Isto, contudo, não tem acontecido neste caso hipotético.

Com muita dificuldade, o processo de José Manuel foi encaminhado para análise do verdadeiro juiz de mérito, o corpo de jurados. Após a instrução em plenário e os devidos debates, os jurados foram submetidos ao julgamento, tendo decidido pela condenação. Ocorre que, durante a votação, faltou quesito obrigatório. Ora, é a própria lei que considera esse vício sujeito à nulidade absoluta. E agora? Será que José Manuel ficará impune? Qual é o recurso cabível? Qual é o prazo para a interposição? Qual será o fundamento legal?

A questão aqui não versa sobre a impunidade, mas tão exclusivamente sobre o cumprimento ao devido processo jurídico. Nota-se que ao cometer uma nulidade após a decisão de pronúncia, o ato viciado deverá ser corrigido justamente pelo tribunal *ad quem*, que fiscalizará o cumprimento do direito indevidamente restringido pelo juízo *a quo*. No caso em tela, houve nulidade absoluta, conforme preceitua a Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal que diz: “é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, por falta de quesito obrigatório” (BRASIL, 1996). Isso causou um prejuízo presumido e não pode ser convalidado.

A defesa, nesse sentido, deverá interpor a apelação no prazo de cinco dias, nos termos do art. 593, inc. III, alínea a do Código de Processo Penal. Nesse sentido, conclui-se que a condenação de José Manuel deverá ser cassada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, devendo retornar os autos para o Tribunal do Júri, que deverá reunir-se para julgar novamente o réu.

Aborto que saiu caro

Descrição da situação-problema

Stefano conheceu uma garota que se chamava Patrícia durante uma festa. Paixão à primeira vista, os dois saíram de lá e foram para um estabelecimento de hospedagem para passarem apenas uma noite. Ocorre que Stefano esqueceu-se de comprar o preservativo e, dominados pela emoção, deixaram fluir. Depois de um mês veio o resultado. Patrícia estava grávida. Stefano não aceitou e convenceu Patrícia que o melhor seria interromper a gravidez. Patrícia voluntariamente foi a uma clínica clandestina e lá retirou o feto. Ocorre que a polícia já investigava essa clínica há alguns meses. Obtiveram um mandado de busca e apreensão, através do qual conseguiram identificar todos os casais que teriam ido até aquele espaço para interromper uma gravidez. Stefano e Patrícia foram descobertos, o que motivou o oferecimento da denúncia pela prática do crime de aborto nos termos do art. 124 do Código Penal. O Ministério Público juntou a proposta de suspensão condicional do processo, o que foi negado pelo juiz. O magistrado argumentou que o crime era grave demais para passar impune dessa forma. Você foi intimado para defender Stefano. Qual recurso você deverá interpor neste caso? Qual é o prazo? O juiz pode reconsiderar sua decisão?

Resolução da situação-problema

O recurso cabível nesta hipótese é o RESE (Recurso em Sentido Estrito) por analogia à hipótese prevista no art. 581, inc. XI do Código de Processo Penal. Isso porque, apesar de não prever expressamente, a doutrina já vem considerando que essa omissão pode ser suprimida pela aplicação de uma hipótese muito semelhante, que é da decisão que nega a suspensão condicional da pena. Assim, a defesa deverá interpor o recurso em cinco dias e poderá juntar posteriormente as razões recursais no prazo de dois dias. O juiz, assim que receber o recurso, poderá realizar o juízo de retratação, nos termos do art. 589 do CPP.

Faça valer a pena

1. Alberto foi condenado por homicídio doloso por ter disparado três vezes contra Oswaldo, após uma briga num bar. Ocorre que o crime foi cometido em São Paulo e Alberto estava, naquele dia, no Rio de Janeiro. Alberto levou testemunhas, câmeras de vídeo, mas nada disso convenceu os jurados que votaram 4 a 3 pela condenação.

Qual fundamento abaixo Alberto poderá usar para interpor Apelação ao tribunal? Assinale a alternativa correta:

- a) Alberto deverá pedir a absolvição, pois existem provas de que ele não foi o autor do crime.
- b) Alberto deverá pedir absolvição por existência de provas de que o crime não ocorreu.
- c) Alberto deverá pedir a anulação do julgamento, porque a condenação contraria as provas dos autos.
- d) Alberto deverá pedir anulação, porque crime doloso não poder ser julgado pelo tribunal do júri.
- e) Alberto deverá pedir um novo julgamento, visto que o placar denota uma dúvida presente entre os jurados.

2. Paulo Confusio é um jurista também formado em Filosofia e nomeado desembargador no Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Ao lavrar um acórdão junto com os demais membros da Câmara, Paulo se confundiu e, ao mesmo tempo em que absolveu o réu, fixou uma condenação de dois anos de pena privativa de liberdade.

Qual recurso poderá a defesa ou a acusação apresentar para corrigir esse texto decisório? Assinale a alternativa correta:

- a) Apelação.
- b) Recurso em Sentido Estrito.
- c) Embargos de Declaração.
- d) Agravo em Execução.
- e) RESE.

3. O Ministério Público ofereceu denúncia contra o ex-governador da Paraíba, Caio Limão, por corrupção passiva, concussão e lavagem de

dinheiro. Concluídos os autos, o magistrado considerou que falta justa causa no processo, rejeitando, assim, a acusação. Inconformado, João Raphael, membro do Ministério Público, decide interpor um recurso.

Qual recurso é o recurso cabível neste caso e qual o prazo para a interposição? Assinale a alternativa correta:

- a) Apelação em cinco dias.
- b) Recurso em Sentido Estrito em dois dias.
- c) Apelação em oito dias.
- d) Recurso em Sentido Estrito em cinco dias.
- e) Apelação em 13 dias.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 maio de 2018.

_____. Lei nº 7.690, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de

dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 1 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmulas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 18 set. 2018.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Processo Penal**. Coleção preparatória para concursos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014. 13v.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Rodrigo. No processo penal não existe o poder geral de cautela. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 6 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-06/rodrigo-capez-processo-penal-nao-existe-poder-geral-cautela>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Valéria Diez Scarence. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodium, 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. **O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/O_%20que_%20e_%20a_%20Common.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

ISBN 978-85-522-1156-3



9 788552 211563 >