



# DIREITO PROCESSUAL PENAL

VERBO.APOSTILA

## SUMÁRIO

1. Dos Princípios do Direito Processual Penal .....	03
2. Da Persecução. Da Investigação Preliminar .....	18
3. Ação Penal .....	37
4. Aspectos Jurisdicionais.....	47
5. Prova .....	74
6. Questões e Processos Incidentes.....	106
7. Sujeitos Processuais .....	116
8. Medidas Cautelares.....	124
9. Atos, Fatos e Prazos Processuais .....	140
10. Procedimentos Comuns e Especiais.....	151
11. Sentença .....	180
12. Nulidades.....	188
13. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação .....	194
14. Execução das Penas.....	218
15. Relações Jurisdicionais com autoridade estrangeira .....	240
16. Lei nº 9.099/1995 .....	245
17. Lei nº 10.259/2001 .....	260

# 1

## DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

**CONCEITO. CARACTERÍSTICAS. A NORMA PROCESSUAL PENAL. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS. NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO ACUSADO. FONTES. APLICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL. LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO E NO ESPAÇO. IMUNIDADES.**

### 1.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E A NORMA PROCESSUAL PENAL

Segundo Vicente Greco Filho, define-se o direito processual penal como “o ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, bem como a tutela da liberdade de locomoção, quando o direito penal aplicável, positiva ou negativamente, é o direito penal comum”<sup>1</sup>.

Percebe-se que o conceito inclui a jurisdição, a ação e o processo como institutos fundamentais do direito processual, os quais são comuns a todos os ramos da referida ciência.

Mas, o que especializa o direito processual penal é o seu conteúdo, porque regula a aplicação da lei penal, tendo como feixe principal a liberdade de locomoção propriamente dita. É através do processo que se legitima a atuação estatal, isto é, a resposta penal, diante da prática de uma infração penal, desincumbindo-se o Estado do ônus assumido com a avocação do monopólio da jurisdição.

Nesse sentido, no que toca às normas de direito processual penal, embora seja possível falar em normas de caráter exclusivamente penal e normas de caráter exclusivamente processual, a doutrina reconhece a existência de normas mistas ou normas processuais materiais.

Uma corrente doutrinária restritiva entende que são normas formalmente processuais, mas substancialmente materiais aquelas que disponham sobre o conteúdo da pretensão punitiva, como as relativas ao direito de queixa e de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão à remissão, entre outras.

Já uma corrente extensiva ou ampliativa considera como normas mistas aquelas que estabelecem condições de procedibilidade, constituição e competência dos tribunais, meios de prova e eficácia probatória, graus de recurso, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança e todas as demais que tenham por conteúdo matéria que seja de direito ou garantia constitucional do cidadão.

Além do CPP, a legislação especial também veicula normas de natureza processual, tais como: a Lei 4.898/65, que trata dos crimes de abuso de autoridade; o Decreto-Lei 201/67, que dispõe sobre os crimes praticados por prefeitos; a Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, que tacitamente revogou as normas contidas no CPP; a Lei 7.960/89, que cuida da prisão temporária; a Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; a Lei 10.259/01, regulamentadora dos

<sup>1</sup>Greco Filho, Vicente. *Manual de processo penal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87-88.

juizados no âmbito da Justiça Federal; a Lei 9.605/98, conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais; e a Lei 11.343/06, a nova Lei de Drogas.

As características do direito processual penal podem ser assim sintetizadas:

- a. *Público* – pertencente ao ramo do direito público, o direito processual penal é formado por normas cogentes, ou seja, inderrogáveis pela vontade das partes;
- b. *Instrumental* – característica inerente ao processo, por ser verdadeiro instrumento de aplicação do direito material;
- c. *Autônomo* – Apesar da sua instrumentalidade, tem sido reconhecida a autonomia científica do direito processual, com tendência a um tratamento mais unificado, pelo menos quanto aos institutos fundamentais, inerentes a todos os ramos. Ainda assim, é reconhecida a validade da divisão dogmática da matéria, por haver princípios e regras próprias do direito processual penal.

## 1.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Costuma-se apontar historicamente a existência de três modelos ideais ou abstratos do processo penal: sistema acusatório, sistema inquisitório e sistema misto.

O processo acusatório, com origens na Roma Antiga e na Inglaterra medieval, é identificado como um sistema de partes, em que há uma nítida separação de funções atribuídas a pessoas distintas, em um verdadeiro *actum trium personarum*. Vigem nele o princípio da presunção de inocência, da oralidade e da publicidade dos atos processuais. O juiz não possui qualquer iniciativa probatória. Já no processo inquisitório as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa, o juiz-inquisidor ou juiz-investigador. O réu é encarado como objeto do processo, que tem como objetivo primordial a busca da Verdade Real. No campo probatório, há plena intervenção do juiz, e é autorizada a tortura na colheita probatória<sup>2</sup>. O processo é, como regra, escrito e secreto.

No ano 1808, com o surgimento do *Code d’Instruction Criminelle* francês, passa-se a falar em sistema processual misto, constituído de duas fases. A primeira assemelha-se ao processo inquisitório e é presidido por um magistrado, enquanto a segunda inicia com a acusação a cargo do Ministério Público<sup>3</sup>. É importante observar que tais modelos não subsistem atualmente em suas formas puras, sendo antes referenciais teóricos para o estudo do processo penal.

O Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, instituiu o Código de Processo Penal atualmente em vigor. Inspirado na legislação processual italiana fascista produzida na década de 1930, constatavam-se no Código de Processo Penal originário algumas relevantes características:

1. O acusado não é tratado sob o manto da presunção de inocência, mas como potencial e virtual culpado, sobretudo em casos de prisão em flagrante;
2. Prevalece uma preocupação quase exclusiva com a tutela da segurança pública, em detrimento da tutela da liberdade individual;
3. A busca da verdade real legitimou práticas autoritárias e abusivas dos poderes públicos, a partir da ampliação da liberdade de iniciativa probatória do juiz;

<sup>2</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 47.

<sup>3</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10

4. O interrogatório do réu é encarado como meio de prova e realizado sem intervenção das partes, podendo o juiz valorar negativamente o silêncio<sup>4</sup>.

Ao longo dos mais de setenta anos de vigência, o CPP sofreu diversas alterações, podendo se destacar a Lei 6.416/77, que cuidou da reformulação da fiança e da liberdade provisória, seguindo-se as leis<sup>5</sup> promulgadas após a Constituição Federal de 1988, afastando-se gradualmente o fundamento<sup>6</sup> que o inspirou, por ser claramente incompatível com o ordenamento em vigor.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 é de inspiração acusatória, instituindo um sistema amplo de garantias individuais, as quais devem orientar a leitura do CPP reformado. O devido processo penal constitucional busca realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade entre os litigantes, atentando para a desigualdade material que normalmente ocorre em toda persecução penal. Trata-se de um processo a ser realizado sob instrução contraditória, sob os rigores da lei e do direito, de maneira que a verdade processual seja resultado de atividade probatória lícitamente desenvolvida.

### 1.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL<sup>7</sup>

O conceito de princípio pode ser extraído da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>8</sup>.

Os principais atributos dos princípios são a *generalidade* e a *abstração*, ao contrário das regras. Dessa maneira, pairam sobre todo o ordenamento, dando a este coerência e coesão.

A Constituição Federal abriga os princípios que regem o direito processual, expressos ou implícitos, sem prejuízo da possibilidade de a legislação infraconstitucional acrescentar outros princípios ao ordenamento, desde que compatíveis com os consagrados pela Lei Maior. Situam-se, principalmente, no art. 5º, que enumera, não taxativamente (§ 2º), os direitos e garantias individuais, sendo em sua maioria aplicáveis a todos os ramos do direito processual, independentemente do objeto de cada um deles, podendo haver variação de alcance e intensidade.

Entre os princípios previstos na CF de 1988, destacam-se o da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III) e o do *devido processo legal* (art. 5º, LIV), considerados como informativos de todo o direito processual. Na lição de Guilherme Nucci:

Olhares especiais devem voltar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal. Afinal, respeitada a dignidade da pessoa

4OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8

5Podem ser destacadas: Lei 9.271, de 17 de abril de 1996, que reformulou os artigos 366 a 370 do CPP, com destaque para a suspensão do processo, prevista no art. 366, em consonância com o Pacto de São José da Costa Rica; Lei 10.792, de 1 de dezembro de 2003, que contribuiu para concretizar o interrogatório do acusado como meio de defesa; Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, que trouxe alterações no procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri; Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, que tratou de modificações na parte que trata da prova; Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, com alterações relativas à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos; Lei 12.830, de 20 de junho de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida por delegado de polícia; Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

6Recomenda-se a leitura da parte introdutória da exposição de motivos do Código de Processo Penal, a fim de que se possa conhecer e contextualizar historicamente a sua inspiração antidemocrática.

7A discussão envolvendo os princípios inerentes ao Direito Processual Penal provoca debates na doutrina. Não há sinal de consenso. Há os que, por exemplo, defendem a existência tão somente do princípio publicístico (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 36-54). Entretanto, a celeuma teórica foge do objetivo dessa obra.

8MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 629-630.

humana, seja do ângulo do acusado, seja do prisma da vítima do crime, além de assegurada a fiel aplicação do devido processo legal, para a consideração de inocência ou culpa, está-se cumprindo, na parte penal e processual penal, o objetivo do Estado de Direito e, com ênfase, democrático<sup>9</sup>.

### Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está presente no Capítulo I do Título I da Constituição Federal. A sua posição topográfica é sintomática. Cuida-se de alicerce da República, do grande valor que fundamenta a própria existência do Estado, sem o qual este se tornaria um fim em si mesmo, desprovido de conteúdo.

A dignidade da pessoa humana deve orientar toda a atuação estatal, qualquer que seja o órgão ou o ato a ser praticado. O direito processual penal, com mais razão, em função da magnitude do seu objeto, não se afasta dessa regra.

Não se quer dizer que a adoção de tal princípio impeça um provimento estatal que possa restringir um direito, quando estritamente necessário e adequado à situação. Dessa forma, ao contrário de ofendê-lo, realiza-o. Portanto, a efetivação de uma prisão, por exemplo, quando justa e necessária, não constitui violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### Princípio do devido processo legal

O devido processo legal está expressamente previsto no art. 5º, LIV, da CF, ao preconizar que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Cuida-se de garantia inafastável e irrenunciável, sem a qual se deslegitima a própria função jurisdicional. Isso porque o Estado, enquanto detentor do monopólio da referida atividade, na medida em que proíbe a justiça com as próprias mãos, tem o dever criar mecanismos para que a norma atue concretamente, sem abuso ou tratamento materialmente desigual, buscando-se incansavelmente o ideal do *justo processo*.

Tamanha é a importância atribuída pelo legislador constituinte ao devido processo legal, que a sua inobservância quase que inevitavelmente acarretará a invalidação do ato viciado.

Apesar de a delimitação dos contornos jurídicos do devido processo legal ser uma tarefa das mais árduas, a Constituição Federal apresenta alguns princípios e garantias intimamente relacionados ao *due process of law*, tais como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a igualdade, a presunção de inocência, a publicidade e a motivação das decisões.

A doutrina, já reconhecida pela jurisprudência do STF<sup>10</sup>, costuma apontar duas dimensões para o devido processo legal; a primeira, em sentido formal, consiste na estrita observância da lei processual, devendo o Estado cumprir a ritualística limitadora da sua atuação; a segunda, em sua concepção substancial (*substantive due process of law*), vai além, ao determinar que o processo

9NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

10RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. [...] - O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes. (RE 200844 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 16-08-2002 PP-00092 EMENT VOL-02078-02 PP-00234 RTJ VOL-00195-02 PP-00635).

seja justo, adequado, não sendo suficiente a mera observância da lei, devendo esta ser equilibrada, vedando-se a arbitrariedade. Relaciona-se com o princípio da razoabilidade (ADI-MC 1.407/DF).

Vejamos os demais princípios que serão revisitados ao longo da obra.

### Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, *caput* e inc. II, da CF/88. Constitui um dos alicerces do Estado de Direito, ao lado do princípio da segurança jurídica.

O direito processual penal, como já foi dito, é composto de normas de vários níveis, desde a Constituição Federal, que se encontra no ápice do ordenamento, até os atos infralegais, como, por exemplo, os regimentos internos dos tribunais. A norma será válida, do ponto de vista formal e material, quando estiver compatível com a norma superior que lhe dá suporte.

### Princípio da igualdade das partes

A garantia da igualdade processual reflete-se na atuação equilibrada das partes. Esse equilíbrio não necessariamente estará ligado à atuação simétrica, formalmente paritária. A igualdade a ser buscada é a substancial. Nesse sentido, pode e deve haver tratamento mais favorável à defesa, quando a situação o exigir. Exemplos não faltam, como a aplicação do *in dubio pro reo*, a vedação da revisão *pro societate*, sendo permitida apenas a *revisão criminal* em favor do condenado (art. 621 do CPP).

### Princípio do juiz natural

A Constituição Federal, em pelo menos duas oportunidades muito claras, demonstra a sua inequívoca intenção de instituir a garantia do juiz natural, na medida em que determina que *não haverá juízo ou tribunal de exceção*<sup>11</sup> e que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*<sup>12</sup>.

Esta garantia assegura que não haja a criação ou a designação casuística de órgãos para o julgamento de determinado caso. É necessário que se implemente um feixe de regras que definam previamente como se dará a repartição de competências. A pessoa física do juiz também deve ser preservada, não apenas o órgão, evitando-se que seja arbitrariamente afastado do caso.

A garantia do juiz natural não se destina apenas à proteção do indivíduo, apesar de esse ser o seu enfoque principal. Busca também impedir que o interessado possa “escolher” o órgão julgador.

### Princípio da inafastabilidade da jurisdição

O acesso à justiça está previsto expressamente no art. 5º, XXXV, em que determina que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

A garantia constitucional obsta a edição de atos normativos que impeçam, de alguma maneira, o cidadão de buscar uma resposta do Poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico tutelado pelo ordenamento.

### Princípio do contraditório e ampla defesa

---

11Art. 5º, XXVII.

12Art. 5º, LII.

Nos termos do inciso LV do art. 5º, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

O contraditório traduz-se basicamente no binômio *ciência/participação efetiva*. Deve-se garantir à parte a possibilidade real de influir na formação do resultado final do processo, que é a decisão judicial.

Em determinadas situações, entretanto, o contraditório não pode ser exercitado previamente, em razão do risco de se comprometer o próprio ato. Nesses casos, aplica-se a técnica do *contraditório diferido*, amplamente admitida pela jurisprudência, notadamente quando se trata de tutela de urgência.

A garantia da ampla defesa não se circunscreve à possibilidade de a parte interpor recursos contra decisões desfavoráveis, de provocar o reexame da matéria apreciada, caso em que se aproximaria ou se confundiria com a garantia do duplo grau de jurisdição. Compreende o direito de a parte defender os seus pontos de vista, argumentos, alegações, a fim de demonstrá-los em juízo. No caso do processo penal, a ampla defesa abrange a *defesa técnica* e a *autodefesa*.

A defesa técnica é a realizada por profissional devidamente habilitado, seja ele constituído, designado (dativo) ou legalmente legitimado (defensor público) para tal tarefa. Não se permite a sua dispensa (art. 261 do CPP).

Já a autodefesa, em que o réu a exerce pessoalmente, como o próprio nome evidencia, pode ser compreendida não somente pelo *direito de presença*, isto é, de comparecimento aos atos processuais, como também pelo *direito de audiência*, que se manifesta no interrogatório, quando o réu tem a oportunidade de expor diretamente as suas alegações ao órgão judicante. Pode até ser dispensada pela parte como estratégia de defesa, mas a sua não realização, em outras situações, pode ser causa de nulidade.

A *plenitude de defesa*, prevista para os casos de crimes dolosos contra a vida, da competência do Tribunal do Júri, amplia o feixe de opções defensivas, na medida em que se permite validamente a utilização de argumentos metajurídicos na defesa do réu.

### **Princípio da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos**

O art. 5º, LVI, da CF prevê que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*

O Código de Processo Penal, especificamente no art. 157, com a redação dada pela Lei 11.690/08, incluiu em seu corpo a referida garantia, dando-lhe maior concretude.

### **Princípios da motivação e da publicidade**

A Carta da República exige que todas as decisões tomadas pela autoridade judiciária sejam efetivamente fundamentadas, indicando-se expressamente os motivos que a justifiquem.

O principal objetivo desta garantia, assim como ocorre na publicidade, é justamente o de se viabilizar o controle da decisão judicial, através de recursos ou outros meios de impugnação pertinentes.

A própria Constituição, contudo, estabeleceu uma exceção, na medida em que se permitiu, no Tribunal do Júri, que a decisão dos jurados não seja acompanhada da respectiva fundamentação.

Assim, a fundamentação e a publicidade da decisão permitem um maior controle da atividade jurisdicional, o que, em contrapartida, contribui para a sua própria legitimação.

### **Princípios da obrigatoriedade, da oficialidade e da indisponibilidade**

O princípio da obrigatoriedade surge em razão da própria natureza da atividade. Cuida-se da contrapartida a cargo do Estado, porque chamara para si a responsabilidade decorrente do monopólio da jurisdição. É princípio ligado à ação penal.

O princípio da oficialidade guarda estreita sintonia com o princípio da obrigatoriedade, pois, em se tratando de serviço estatal, somente órgãos oficialmente criados ou instituídos estariam legitimados ao desenvolvimento da atividade persecutória, inclusive a jurisdição propriamente dita.

A indisponibilidade também constitui desdobramento da obrigatoriedade, não podendo o Ministério Público, por exemplo, dispor da ação penal, porque o seu objeto é indisponível. Pode até mesmo postular a absolvição do acusado, mas não é permitido abdicar imotivadamente da persecução. No caso de aplicação de medidas despenalizadoras, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, é a própria lei que a viabiliza.

### **Princípio da iniciativa das partes**

A jurisdição deve ser inerte. O juiz, para não colocar em risco a sua imparcialidade, não deve substituir ou tutelar as partes, notadamente o autor da ação penal. Essa perspectiva encontra maior amparo no sistema acusatório, como se verá no capítulo próprio.

### **Princípio da identidade física do juiz**

O princípio da identidade física do juiz, no processo penal, foi expressamente adotado com a vigência da Lei 11.719/08, que, ao criar o § 2º do art. 399, estabeleceu que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Diante da insuficiente regulamentação no CPP, tem-se defendido a aplicação das regras previstas no CPC, por analogia (art. 3º do CPP).

### **Princípio da presunção de inocência**

O princípio da presunção de inocência encontra previsão no art. 5º, LVII, da CF: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O primeiro aspecto a ser destacado da situação jurídica de inocência refere-se ao ônus da prova, recaindo este sobre o autor da demanda penal. O réu não precisa provar a sua inocência.

O Supremo Tribunal Federal, revendo a sua jurisprudência, que afirmava que a interposição de recurso extraordinário não impossibilitava o início imediato da execução da pena, por não ter efeito suspensivo, passou a exigir, sem exceções, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>13</sup>. Porém, em razão de recentíssimo julgamento (HC 126.292 - 17/02/2016), foi restabelecido o entendimento anterior<sup>14</sup>.

---

13HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT

De qualquer forma, é possível que medidas cautelares, entre elas a prisão, possam ser implementadas antes do trânsito em julgado, desde que necessárias e adequadas.

### Princípio do favor rei ou *in dubio pro reo*

O princípio do *in dubio pro reo* guarda estreita relação com o princípio da presunção de inocência, visto no item anterior. O juiz, ao sentenciar, deverá absolver o acusado, se houver dúvidas acerca da existência do crime, ou ainda da sua participação.

### Princípio do duplo grau de jurisdição

A garantia do duplo grau de jurisdição, conquanto não expressamente prevista na Constituição da República, encontra aceitação na doutrina e jurisprudência majoritárias<sup>15</sup>.

## 1.4 NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO ACUSADO

Com o fenômeno da globalização, inclusive de infrações penais, em que as fronteiras físicas vêm sendo paulatinamente vencidas, faz-se necessário que o direito processual acompanhe de perto tal realidade, como já vem ocorrendo com o direito material.

Isso porque os mecanismos de repressão aos crimes transnacionais não envolvem apenas a definição de crimes e penas. É preciso que também se compartilhem ferramentas adequadas à persecução penal, tendo como principal objetivo a correta e justa aplicação da lei penal. É cada vez mais frequente, por exemplo, a adoção de medidas assecuratórias que possam incidir sobre bens e direitos mantidos em território estrangeiro<sup>16</sup>.

A consequência imediata dessa nova realidade se reflete na difusão de normas oriundas de tratados e convenções internacionais multilaterais que visam à repressão desses e de outros delitos, sem prejuízo da adoção de tratados bilaterais, inclusive os que prevejam instrumentos de auxílio direto.

A Constituição Federal mostrou-se sensível à nova realidade global. Tratou especificamente dos tratados e convenções internacionais nos §§ 2º e 3º do art. 5º, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”<sup>17</sup>.

Já não é mais novidade a controvérsia envolvendo a posição hierárquica de tratados e convenções internacionais no plano interno, notadamente os que versam sobre direitos humanos. Apesar de a doutrina especializada majoritariamente defender a constitucionalização de tais normas, o Supremo Tribunal Federal mantivera posicionamento considerado conservador<sup>18</sup>. De qual-

---

VOL-02391-05 PP-01048.

14A notícia será mais bem detalhada no item 6.1.

15 O tema será mais bem debatido no capítulo referente aos recursos.

16A preocupação, entretanto, não repousa apenas sobre a efetividade da aplicação da lei punitiva. Na medida em que se adotam instrumentos nessa direção, são também aperfeiçoadas normas que buscam a efetivação do justo processo.

17 Redação conforme EC n. 45/2004.

18 Aponta-se o RE 80.004/SE como o *leading case*: “CONVENÇÃO DE GENEBRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA

quer forma, a questão agora está positivada no sentido do parágrafo terceiro, atribuindo-se estatuto constitucional aos tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, desde que observados os requisitos ali previstos<sup>19</sup>.

Não é raro que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos veiculem regras de direito penal e, por consequência, de direito processual penal. Daí a importância do tema.

Os demais tratados e convenções internacionais situam-se no plano infraconstitucional, aplicando-se a eles os critérios da especialidade e da cronologia para a solução de antinomias. O próprio Código de Processo Penal expressamente traz essa possibilidade (art. 1º, I).

### 1.4.1 PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Entre os tratados e convenções internacionais já internalizados que versam sobre processo penal, merece destaque a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, que trouxe importantes avanços no sentido da concretização do sistema acusatório, contrapondo-se ao vetusto modelo adotado pelo nosso Código de Processo Penal, que vem constantemente sendo submetido a alterações legislativas, muitas delas inspiradas naquela convenção.

Vale destacar o art. 8º da Convenção:

#### Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

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

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado, da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

---

ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec-Lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 EMENT VOL-01083-04 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809)".

19Como exemplo, cita-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. A aludida convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. A promulgação veio no ano seguinte, conforme Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
  - g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
  - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Apesar de as normas estarem em vigor desde 1992, o cotidiano forense indicava o não cumprimento satisfatório das regras ali contidas, o que revela um costume ainda recorrente de não se atribuir a relevância jurídica que as normas oriundas de tratados e convenções internacionais deviam incorporar ao ordenamento jurídico merecem<sup>20</sup>.

### 1.4.2 PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DE NOVA IORQUE

Os artigos 9, 10, 11 e 14<sup>21</sup> do Pacto de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque apresentam extenso e importante rol de garantias processuais às pessoas presas e processadas pelo cometimento de delitos.

20 Como exemplo de não aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, pode-se mencionar a condenação de réu citado por edital, prática essa que somente veio a ser expurgada do cotidiano forense após o advento da Lei 9.271, de 17 de abril de 1996, que alterou a redação do art. 366 do CPP, a partir de quando o prosseguimento da ação penal ficou condicionado à efetiva citação do denunciado.

#### 21 ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

#### ARTIGO 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.

b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

#### ARTIGO 11

Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

#### ARTIGO 14

Preste atenção no artigo 9.3, que contém disposição a respeito das audiências de custódia enfrentada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, merecendo atenção nos próximos concursos públicos:

### ARTIGO 9

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

A ADPF 347 MC, julgada em setembro de 2015 pelo Plenário do STF, determinou ser obrigatória a observância do referido artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, assim como do artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, considerando obrigatório que juízes e tribunais realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. Dessa forma, a disposição não se submete ao livre convencimento do magistrado, sob pena de cerceamento inconveniente, nos termos do voto relator.

## 1.5 FONTES, INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

As fontes do direito do processual penal dividem-se em *materiais e formais*.

---

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

c) De ser julgado sem dilações indevidas;

d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exigir, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal em conta a idade dos mesmos e a importância de promover sua reintegração social.

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

Em relação à *fonte material* (de produção), advinda do próprio Estado, compete privativamente<sup>22</sup> à União legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF). Os Estados e o Distrito Federal também podem legislar, mas de maneira concorrente, ainda assim acerca de matérias específicas, tais como as que versam sobre direito penitenciário (art. 24, I), custas dos serviços forenses (art. 24, IV), criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas (art. 24, X) e procedimentos em matéria processual (art. 24, XI). Em matéria de organização judiciária, a Constituição Federal também atribui tal competência aos Estados, no limite de cada um, até mesmo em respeito à autonomia destes (art. 125), à exceção do Distrito Federal, que recai sobre a União (art. 22, XVII).

As *fontes formais* (de cognição) são as que veiculam as normas processuais penais. Dividem-se em *diretas* e *indiretas*.

A fonte formal direta é a *lei* em sentido amplo<sup>23</sup>, em razão do sistema jurídico adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, segundo a maioria da doutrina, que é inspirado no modelo europeu-continental (*civil law*).

A *lei ordinária* é o veículo mais utilizado e apropriado, não sendo possível a edição de medida provisória (art. 62, § 1º, I, *b*, da CF - EC 32/01) sobre direito processual penal, tampouco a utilização de lei delegada, vedação esta implicitamente extraída da CF. A lei complementar, apesar de desnecessária, poderia ser utilizada, a exemplo do que ocorrera com a LC 105/01.

As fontes formais indiretas são a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais do direito*.

A analogia consiste na aplicação da norma regulamentadora de um fato previsto a um fato não previsto, mas que sejam semelhantes entre si. Muito embora não esteja expressamente prevista no art. 3º do CPP, encontra fundamento normativo no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (anteriormente denominada como Lei de Introdução ao Código Civil – LICC). O costume, enquanto fonte secundária, também está previsto na LINDB/LICC (art. 2º, § 1º)<sup>24</sup>. Define-se pela prática geral e reiterada de determinada conduta (elemento externo), em razão da consciência de sua obrigatoriedade (elemento interno). Já os princípios gerais de direito encontram fundamento expreso no art. 3º do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Em princípio, a interpretação da lei processual penal segue as mesmas regras de hermenêutica que disciplinam a interpretação das leis em geral, previstas na LINDB. O legislador preocupou-se apenas em demarcar a diferença entre o direito penal e o processo penal, prevendo no artigo 3º do CPP que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Ao contrário do direito penal, que a restringe à aplicação quando em favor do autor da infração penal (*in bonam partem*), não há tal limitação no direito processual penal, podendo ser regularmente utilizada, desde que, obviamente, a omissão do legislador não tenha sido voluntária. Não cabe a analogia, por exemplo, quando a lei fixa taxativamente um determinado rol.

Na interpretação extensiva, conclui-se que a norma tem um conteúdo mais amplo do que resultaria da simples aplicação do seu texto. A interpretação extensiva é o resultado de precisar declarativamente a verdadeira vontade da lei, extraída de palavra não felizmente escolhida pelo legislador<sup>25</sup>. A analogia é meio de integrar a norma, estendendo sua aplicação para casos semelhantes

22 Há a possibilidade excepcional de delegação aos Estados, na forma do parágrafo único do art. 22: “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

23 Inclusive os tratados e convenções internacionais devidamente internalizados.

24 É vedado o costume *contra legem*, ou seja, que vai de encontro a determinada norma em vigor, por não possuir eficácia revogatória.

25 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 62.

não previstos pelo legislador. Difere-se de interpretação analógica, em que o caso em que a norma será aplicada está previsto no seu âmbito de incidência, embora não de forma explícita.

Entretanto, a doutrina alerta que nem a interpretação extensiva nem a analogia podem ser utilizadas para restringir a liberdade pessoal do acusado ou qualquer outro meio de defesa. Tais disposições devem sempre receber interpretação restritiva.

As modalidades de interpretação admitidas pelo CPP situam-se no processo de autointegração do ordenamento jurídico, por se referirem a soluções previstas no próprio ordenamento. Contrapõem-se às formas de heterointegração, quando se utilizam elementos externos como outros ordenamentos e fontes indiretas de Direito, como os costumes.

## 1.6 APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

A aplicação de determinada norma jurídica está normalmente delimitada pelo *espaço* e pelo *tempo*. A delimitação espacial refere-se à circunscrição territorial por ela abrangida, surgindo daí a noção de *territorialidade*; já a limitação temporal está relacionada à duração da norma, isto é, ao seu tempo de vigência.

### 1.6.1 LEI PROCESSUAL PENAL NO ESPAÇO<sup>26</sup>

A aplicação da lei processual penal no espaço está prevista no art. 1º do Código de Processo Penal, que determina a sua incidência sobre todo o território nacional<sup>27</sup>. Adotou-se o *critério da territorialidade* como regra. As exceções estão previstas nos incisos<sup>28</sup> do art. 1º, que tratam basicamente da aplicação do *critério da especialidade*.

Assim, o processo penal rege-se pelo Código de Processo Penal, ressalvados (art. 1º):

1. Os tratados, convenções e regras de direito internacional, que serão abordados no item 1.9;
2. Os casos de atuação da jurisdição política – crimes de responsabilidade (art. 52, I e II, além do art. 86, todos da Constituição Federal);
3. As causas de competência da Justiça Militar, nas quais se aplica o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei 1.002/69).

Como já foi dito, é perfeitamente possível que a legislação especial estabeleça regras diferenciadas, conforme a necessidade, configurando-se mera aplicação do critério da especialidade, a exemplo do rito previsto na nova lei de drogas, dos casos de ação penal originária da competência dos tribunais, entre outros.

### 1.6.2 LEI PROCESSUAL NO TEMPO

Em relação à lei processual penal no tempo, o art. 2º do Código de Processo Penal determina a sua aplicação imediata aos processos em curso (*tempus regit actum*), sem prejuízo da validade dos atos praticados sob a égide da lei revogada (irretroatividade).

<sup>26</sup>As questões envolvendo a aplicação da lei penal no espaço são analisadas na parte geral da respectiva matéria – Direito Penal.

<sup>27</sup>A despeito do fundamento antidemocrático que motivou a criação do CPP de 1941, houve um inegável avanço, no sentido de se unificar o direito processual penal, saindo de cena os códigos de processo penal estaduais, de abrangência regional, conforme exposição de motivos (itens II e III).

<sup>28</sup>O tribunal especial e os processos por crimes de imprensa, previstos respectivamente nos incisos IV e V do art. 1º, não são mais aplicados nos tempos atuais, tendo em vista a superveniência da Constituição Federal de 1988 e a decisão proferida pelo STF na ADPF 130/DF, que reconheceu a não recepção da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa).