



# DIREITO PROCESSUAL PENAL

VERBO.APOSTILA

## SUMÁRIO

1. DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	04
2. PERSECUÇÃO PENAL E INQUÉRITO POLICIAL.....	18
3. SUJEITOS DO PROCESSO .....	27
4. ATOS PROCESSUAIS E JUDICIAIS.....	33
5. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA .....	52
6. QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES.....	81
7. DIREITO PROBATÓRIO .....	91
8. PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA.....	127
9. AÇÃO PENAL.....	145
10. SENTENÇA.....	172
11. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.....	180

LEIA E ASSISTA ÀS VIDEOAULAS  
NO SEU CELULAR**1º PASSO**

Baixe nosso APP leitor de códigos na Google Play ou AppStore: **QR BOOK**

**2º PASSO**

Encontre dentro do livro, os códigos QR dentro das disciplinas e temas abordados.

**3º PASSO**

Abra o APP QR BOOK e clique em "LER O CÓDIGO"

**4º PASSO**

Aguarde o leitor fazer o SCAN, na sequência se abrirá uma videoaula específica.

**5º PASSO**

Pronto, aproveite a qualidade das nossas videoaulas, com os melhores professores.





# DIREITO PROCESSUAL PENAL

## 1.1. CONCEITO

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. O Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, instituiu o Código de Processo Penal, atualmente em vigor. 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>2</sup> promulgadas após a Constituição Federal de 1988, afastando-se gradualmente o fundamento<sup>3</sup> que o inspirou, por ser claramente incompatível com o ordenamento em vigor.

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 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.

## 1.2. FINALIDADE

Fala-se em finalidade *direta* e *indireta* do direito processual penal: a primeira, direta ou imediata, consiste na regulamentação do próprio instrumento, ou seja, das relações jurídicas decorrentes da instauração do processo, além dos atos a serem sequencialmente praticados até o seu desfecho, que se dá com a sentença ou acórdão; a segunda, indireta ou mediata, mas não menos im-

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

2 Podem 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.

3 Recomenda-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.

portante<sup>4</sup>, visa garantir, de maneira justa, a aplicação da lei penal, seja para condenar o culpado ou absolver o inocente. Dá-se, através do processo, a proteção dos bens jurídicos eleitos pelo legislador para serem tutelados pela lei penal material, sem deixar de lado os direitos e garantias conferidos aos acusados.

### 1.3. CARACTERES

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.

### 1.4. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL<sup>5</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>6</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* (art. 1º, II) 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 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

4 Pode-se até mesmo afirmar que esta finalidade seja a mais relevante, tendo em vista a função instrumental do processo.

5 A 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.

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

cumprindo, na parte penal e processual penal, o objetivo do Estado de Direito e, com ênfase, democrático<sup>7</sup>.

### 1.4.1. 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. Ele protege a dignidade do suspeito da prática de um crime por meio de um procedimento formalizado para averiguação da culpa, o que substitui a arbitrariedade da vingança privada. Além disso, impõe que o acusado não possa ser instrumentalizado para acalmar o clamor público, por exemplo.

Por outro lado, 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 concreta. Ele exige, entretanto, conformidade à lei e fundamentação adequada da decisão. Por exemplo, a prisão preventiva em razão do risco da prática de novas infrações ou do risco à ordem pública, quando devidamente justificada, não constitui violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### 1.4.2. 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>8</sup>, costuma apontar duas dimensões para o devido processo legal; a primeira, em sentido formal (*procedural due process of law*), consiste

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

8 RECURSO 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).

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 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.

### 1.4.3. 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.

### 1.4.4. 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).

### 1.4.5. 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>9</sup> e que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*<sup>10</sup>.

Esta garantia assegura que não haja a criação ou a designação casuística de órgãos para o julgamento de determinado caso, tendo por objetivo evitar o direcionamento e parcialidade da decisão. 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.

### 1.4.6. 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.

9 Art. 5º, XXVII.

10 Art. 5º, LII.

### 1.4.7. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

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. Nestes casos, a decisão judicial é tomada sem oitiva da parte contrária e a decisão é posteriormente submetida ao contraditório.

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). A existência de defesa técnica é indisponível, de modo que sua ausência gera nulidade absoluta. Porém, a deficiência da defesa técnica anula o processo apenas quando há prova do prejuízo ao réu.<sup>11</sup>

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 julgante. 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.

### 1.4.8. 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.

### 1.4.9. 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.

<sup>11</sup> Súmula 523 do STF.

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.

#### **1.4.10. 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.

#### **1.4.11. 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. Só pode atuar quando previamente provocado. Essa perspectiva encontra maior amparo no sistema acusatório, como se verá no capítulo próprio.

#### **1.4.12. 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.

#### **1.4.13. 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 posição anterior, segundo a qual a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação não era permitida por ofensa ao princípio da presunção de inocência, restabeleceu no julgamento do HC 126.292 (Tribunal Pleno, Dje 17/05/2016) a

posição segundo a qual é possível e execução provisória da pena após a condenação irrecorrível em segunda instância, afirmando que a presunção de inocência não é violada na hipótese.<sup>12</sup>

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.

#### 1.4.14. 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.

#### 1.4.15. 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>13</sup>. Impõe que existam pelo menos duas instâncias para análise do caso concreto.

### 1.5. FONTES

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

Em relação à *fonte material* (de produção), advinda do próprio Estado, compete privativamente<sup>14</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>15</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

12 Análise detalhada do tema é realizada no item 8.1.

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

14 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”.

15 Inclusive os tratados e convenções internacionais devidamente internalizados.

Civil – LICC). 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.

O costume, enquanto fonte secundária, também está previsto na LINDB/LICC (art. 2º, § 1º)<sup>16</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 expresso no art. 3º do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

## 1.6. REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA

A repartição constitucional de competências, na parte que nos interessa, ocorre em dois planos distintos: *legislativo e jurisdicional*.

Em relação ao primeiro plano, como já foi dito quando tratamos da fonte material do DPP, compete privativamente à União legislar sobre direito processual, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente para legislar sobre direito penitenciário, custas dos serviços forenses, criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas, além de procedimentos em matéria processual. A organização judiciária também cabe aos Estados, no limite da competência de cada um, à exceção do Distrito Federal, que é atribuída à União.

Já a competência jurisdicional é dividida entre os diversos órgãos encarregados do exercício da função judicante, tendo a sua distribuição precípua na própria Constituição Federal. O Capítulo III do Título IV, ao tratar da organização do Poder Judiciário, prevê a estrutura e as atribuições de todos os órgãos:

1. Supremo Tribunal Federal (arts. 101 a 103);
2. Superior Tribunal de Justiça (arts. 104 a 105);
3. Justiça Federal (arts. 106 a 110);
4. Justiça do Trabalho (arts. 111 a 116);
5. Justiça Eleitoral (arts. 118 a 121);
6. Justiça Militar (arts. 122 a 124);
7. Justiças Estaduais (arts. 125 a 126).

De todos os órgãos acima listados, apenas a Justiça do Trabalho não possui competência criminal para o julgamento de demandas penais<sup>17</sup>.

## 1.7. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

De acordo com Vicente Greco Filho<sup>18</sup>, para que o processo possa ser consagrado como instrumento de justiça e de efetivação de direitos, que cumpra a sua própria missão, faz-se necessária a previsão de um sistema constitucional de garantias, sem as quais não se extrai, do referido ins-

<sup>16</sup> É vedado o costume *contra legem*, ou seja, que vai de encontro a determinada norma em vigor, por não possuir eficácia revogatória.

<sup>17</sup> Para maiores detalhes, ver item 12.8.5 (nota de rodapé).

<sup>18</sup> Greco Filho, Vicente. *Manual de processo penal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66-73.

trumento, os valores *segurança* e *efetividade*. O doutrinador enumera as seguintes garantias explícitas na Carta da República:

- a) garantias da magistratura (art. 95);
- b) vedação à criação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII);
- c) juiz natural (art. 5º, LIII);
- d) devido processo legal (art. 5º, LIV);
- e) contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV);
- f) vedação à utilização, no processo, de provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI);
- g) publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX);
- h) assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV);
- i) fundamentação das decisões (art. 93, IX).

## 1.8. 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.

### 1.8.1. LEI PROCESSUAL PENAL NO ESPAÇO<sup>19</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>20</sup>. Adotou-se o *critério da territorialidade* como regra. As exceções estão previstas nos incisos<sup>21</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.

### 1.8.2. LEI PROCESSUAL NO TEMPO

<sup>19</sup> As questões envolvendo a aplicação da lei penal no espaço são analisadas na parte geral da respectiva matéria – Direito Penal.

<sup>20</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>21</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).

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).

Assim, ao contrário do que ocorre com o direito material, em que se aplica o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, não se mostra relevante tal juízo de valor, quando se tratar de norma de natureza processual. A superveniência de determinada lei processual não interfere nos atos processuais já praticados, não se justificando o retorno da marcha processual (irretroatividade). Caso se tenha operado a preclusão temporal para a interposição de determinado recurso, por exemplo, não importa se a lei posterior aumentara ou diminuía o seu prazo. A lei nova se aplicará ao restante do processo. Adota-se o *sistema de isolamento dos atos processuais*.

Há situações, entretanto, em que o prazo se encontra em curso, quando da sucessão de leis no tempo. A Lei de Introdução ao Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.931/41 – prevê, no art. 3º, que *o prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, será regulado pela lei anterior, se esta não prescrever prazo menor do que o fixado no Código de Processo Penal*. Em tais casos, aplicar-se-ia o prazo da lei anterior, se maior do que o da lei nova.

Quando a norma for híbrida, retroagirá, se mais benéfica, a exemplo do disposto no art. 2º da LICPP<sup>22</sup>. A norma híbrida é aquela que veicula regra de direito material e processual, sendo indecomponível. Do contrário, estaria configurada a *combinação de leis*, majoritariamente vedada pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, a retroatividade integral deve prevalecer (art. 5º, XL, da CF)<sup>23</sup>.

Por fim, a vigência de leis processuais penais não discrepa das regras gerais previstas no Decreto-Lei 4.657/42, atualmente denominada como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

## 1.9. NORMAS DAS CONVENÇÕES E DOS TRATADOS DE DIREITO INTERNACIONAL RELATIVOS AO PROCESSO PENAL E TRATADOS BILATERAIS DE AUXÍLIO DIRETO

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>24</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.

22 Art. 2º. À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis.

23 Alguns casos serão tratados ao longo da obra, tais como a modificação do art. 366 do CPP, em razão da vigência da Lei 9.271/96.

24 A 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.

Esse tema se reveste de elevada importância para os juízes federais, na medida em que a Constituição Federal de 1988 conferiu-lhes a competência para o processo e julgamento de tais crimes (art. 109, V)<sup>25</sup>.

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>26</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>27</sup>. De qualquer 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>28</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).

### 1.9.1. TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Entres 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

25 A matéria será mais bem abordada no capítulo referente à competência criminal da Justiça Federal, lembrando que esta não se limita às hipóteses de crimes transnacionais.

26 Redação conforme EC n. 45/2004.

27 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 AÇIONADO, 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 apostado. 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)”.

28 Como 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.

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;
  - 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 devidamente incorporadas ao ordenamento jurídico merecem<sup>29</sup>.

### 1.9.2. AUXÍLIO DIRETO

O *auxílio direto*, ao contrário da *homologação de sentença estrangeira* e da *carta rogatória*<sup>30</sup>, não conta com juízo de delibação, atualmente realizado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>31</sup>, porque

29 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.

30 Mais detalhes sobre a homologação de sentença estrangeira e as cartas rogatórias serão expostos no capítulo que trata das *relações jurisdicionais com a autoridade estrangeira*.

31 Vale destacar o disposto no art. 7º, parágrafo único, da Resolução STJ 9/2005: “art. 7º. As cartas rogatórias podem ter por objeto atos