

**Nestor Távora**  
**Rosmar Rodrigues Alencar**

Curso de  
**Processo Penal e**  
**Execução Penal**

**16<sup>a</sup>**  
**Edição**

---

revista  
atualizada  
ampliada

2021

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## Capítulo I

# Linhas Introdutórias

---

**Sumário** • 1. Direito processual penal – 2. Características – 3. Posição enciclopédica – 4. Entendendo o tema – 5. Interesse – 6. Pretensão – 7. Lide – 8. Ação – 9. Teorias da Ação – 10. Ação como vingança privada – 11. Ação civilista ou imanentista – 12. Ação como direito concreto – 13. Ação como direito potestativo – 14. Ação como direito abstrato – 15. Processo – 16. Procedimento – 17. Relação jurídica processual – 18. Pressupostos processuais subjetivos – 19. Pressupostos processuais objetivos – 20. Natureza jurídica do processo – 21. Processo como contrato – 22. Processo como quase-contrato – 23. Processo como serviço público – 24. Processo como instituição jurídica – 25. Processo como procedimento – 26. Sistemas processuais – 27. Sistema inquisitivo – 28. Sistema acusatório – 29. Sistema misto ou acusatório formal – 30. Fontes – 31. Fonte de produção ou material – 32. Fonte formal ou de cognição – 33. Fonte de cognição imediata ou direta – 34. Fontes de cognição mediata, indireta ou supletiva – 35. Costume – 36. Princípios gerais do direito – 37. Analogia – 38. Analogia legis – 39. Analogia juris – 40. Interpretação da lei processual penal – 41. Classificação quanto à origem ou ao sujeito que realiza a interpretação – 42. Classificação quanto ao modo ou aos meios empregados na interpretação – 43. Classificação quanto ao resultado da interpretação – 44. A lei processual penal no tempo – 45. Sistema da unidade processual – 46. Sistema das fases processuais – 47. Sistema do isolamento dos atos processuais – 48. A lei processual penal no espaço – 49. Quadro sinótico – 50. Súmulas do STJ – 51. Súmulas do STF – 52. Questões de concursos públicos – 53. Gabarito anotado – 54. Questões discursivas com comentários

## 1. DIREITO PROCESSUAL PENAL

O direito é um só e é constituído pela linguagem. A linguagem é a tessitura constitutiva do mundo, dentro de um prisma fenomenológico-existencialista<sup>1</sup>. No ponto, pode-se anuir com Edvaldo Brito quando enfatiza que “a realidade do direito é, em si, linguagem”<sup>2</sup>. Esse modo de enxergar o direito é importantíssimo para sua aplicação contextualizada socialmente.

É assim que o direito processual penal compreenderá a aplicação normativa penal sem descurar da Constituição e dos fatos da atualidade. De acordo com a lição de Frederico Marques, o direito processual penal “é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”<sup>3</sup>.

As disposições constitucionais sobre matéria criminal fazem parte desse conjunto e a sua interpretação, nas palavras de Thiago Bomfim, não se trata de “uma atividade puramente mecânica”, porém deve convergir para uma “atividade criadora, responsável por

---

1. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.  
2. BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 16.  
3. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003. v.1. p. 16.

reconhecer como sendo parte integrante do sistema valores que até então se apresentavam sob uma perspectiva eminentemente filosófica, sociológica e ética”<sup>4</sup>.

O processo penal deve conferir efetividade às garantias fundamentais constitucionais, fornecendo os meios e o caminho para materializá-las no caso concreto. Deve-se ter em vista que o *jus puniendi* concentra-se na figura do Estado e que deve se submeter a limites. Essa característica não se modifica quando se cuida de ação penal privada, que tem o querelante como substituto processual.

Outrossim, estando a vingança privada banida, como regra, do estado democrático de direito, com a tipificação criminal do exercício arbitrário das próprias razões como crime contra a administração da justiça (art. 345 do CP), resta confiar ao direito processual penal a solução das demandas criminais, delineando toda a persecução penal do Estado, já que se cuida daquela “parte do direito que regula a atividade tutelar do direito penal”<sup>5</sup>.

No que tange à finalidade do direito processual penal, ela pode ser dividida em mediata e imediata: aquela diz respeito à própria pacificação social obtida com a solução do conflito, enquanto a última está ligada ao fato de que o direito processual penal viabiliza a aplicação do direito penal, concretizando-o.

Acima de ambas, temos a finalidade de sobreposição: o processo criminal tem o propósito de **tutelar a liberdade**, pois somente seguindo o seu devido procedimento será possível cerceá-la. O processo penal é condição indispensável à punição, sem a observância de seus trilhos rígidos, toda aplicação de pena será arbitrária.

FINALIDADE DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	
Mediata	Imediata
alcançar a pacificação social com a solução do conflito	viabilizar a aplicação do direito penal, concretizando-o

## 2. CARACTERÍSTICAS

A doutrina costuma discorrer sobre três características do direito processual penal. Vejamos.

(1) **Autonomia:** o direito processual não é submisso ao direito material, isto porque tem princípios e regras próprias e especializantes.

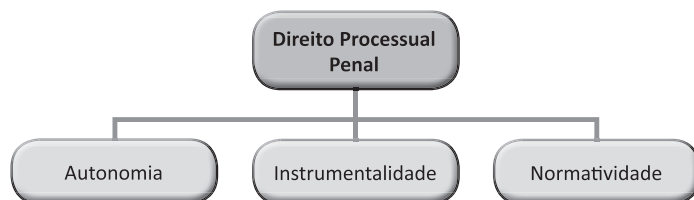
(2) **Instrumentalidade:** é o meio para fazer atuar o direito material penal, consubstanciando o caminho a ser seguido para a obtenção de um provimento jurisdicional válido. Em outros termos, como aduz Rubens Casara, o processo penal surge “como resposta à exigência de racionalidade da aplicação do direito material”, vale dizer, como instrumento, o processo criminal é garantia de provimento penal racional.<sup>6</sup>

4. BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 103.

5. BELING, Ernst *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 26.

6. CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 100.

(3) **Normatividade:** é uma disciplina normativa, de caráter dogmático, inclusive com codificação própria (Código de Processo Penal: Dec-Lei nº 3.689/1941).



### 3. POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA

Há uma crítica atual à dicotomia romana entre *jus publicum et jus privatum*, notadamente porque a distinção não explica perfeitamente todas as nuances de cada uma das esferas do direito. Não obstante, o direito processual penal é reconhecido como um dos ramos do direito público. O fundamento é que um dos sujeitos é o Estado e a finalidade das normas é obter a repressão dos delitos, através do exercício do *jus puniendi*, intrínseco àquele.

### 4. ENTENDENDO O TEMA

Passaremos aqui, de forma sucinta, a identificar alguns conceitos fundamentais para o estudo da matéria, levando-nos a relembrar tópicos da teoria geral do processo, enfrentados embrionariamente.

### 5. INTERESSE

É o desejo, a cobiça, a vontade de conquistar algo. É um conceito extrajurídico, que desperta aquilo que se quer alcançar. O interesse indica uma relação entre as necessidades humanas (que são de variadas ordens) e os bens da vida aptos a satisfazê-las.

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos, “a razão entre o homem e os bens, ora maior, ora menor, é o que se chama interesse. Assim, aquilata-se o interesse da posição do homem, em relação a um bem, variável conforme suas necessidades. Sujeito do interesse é o homem; o bem é o seu objeto”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, Francisco Wildo destaca que “quando existe uma necessidade que pode ser satisfeita por um determinado bem da vida, dizemos que há um interesse por esse bem. Desde Carnelutti, define-se o interesse como uma situação favorável à satisfação de uma necessidade”<sup>8</sup>.

### 6. PRETENSÃO

É a intenção de subordinar interesse alheio ao próprio. A beleza da busca do que se pretende é o prazer da conquista, que muitas vezes envolve a submissão de um bem jurídico alheio para que prevaleça o nosso.

7. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1. p. 3-4.

8. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria geral do processo: jurisdição, ação (defesa), processo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 41.

Pretensão, em direito processual, é conceito formado pelos seguintes elementos:

(1) é intencional, vale dizer, dirige-se a um fim, de cunho teleológico, expressando a vontade do sujeito ativo em subordinar o sujeito passivo a uma satisfação de necessidade que aquele entende legítima (em direito processual penal, a pretensão punitiva estatal tem seu início deflagrado a partir do conhecimento do cometimento do crime);

(2) é dotada de persistência, pois uma vez deduzida em juízo, perdura no tempo, ainda que desapareça o intento condenatório do Ministério Público, razão pela qual, ao final, o que a rigor se julga improcedente não é a pretensão, porém o pedido condenatório (é possível ao juiz, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, julgar procedente o pedido condenatório, mesmo que o Ministério Público tenha requerido absolvição); e

(3) é exteriorizada pela ação penal, eis que esta veicula o *jus puniendi* do Estado.

## 7. LIDE

Como a prevalência de nosso interesse não se faz sem resistência, e no âmbito dos conflitos penais, a resistência à pretensão punitiva do Estado é de rigor (princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna); a lide surge do conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida<sup>9</sup>. No embate criminal, teremos, de um lado, a pretensão do Estado de fazer valer o direito material, aplicando a pena ao caso concreto, e, do outro, o *status libertatis* do imputado, que só pode ser apenado após o devido processo legal. Pressupõe-se, portanto, uma resistência necessária do réu, tal como consagra expressamente a Carta Magna, em seu art. 133, ao afirmar que o advogado é peça essencial à administração da justiça –, bem como o verbete nº 523, da Súmula, do STF, que enfatiza que a falta de defesa constitui nulidade absoluta do processo.

É bastante controvertida a questão sobre a existência de lide no processo penal. Isso porque a presença de interesses antagônicos seria precipitada, já que a acusação e a defesa estariam em busca do mesmo interesse, que é a realização de justiça. No processo criminal a figura do Ministério Público, preocupada com o justo provimento, e não com a condenação desmedida, estaria no mesmo sentido da pretensão defensiva, buscando a adequada aplicação da lei penal<sup>10</sup>.

Ademais, na esfera penal o conflito entre as partes é irrelevante, pois o bem em jogo é indisponível, ao passo que no processo civil, de regra, há poder de disposição das partes em face dos respectivos interesses. Na seara penal há o interesse público prevalente na realização da justiça, o que é contemporizado nas ações de iniciativa privada, pois a vítima é movida pelos princípios da oportunidade, podendo exercer ou não a ação, e da disponibilidade, podendo desistir da demanda, seja perdendo o réu, ou através da perempção.

Gustavo Badaró apregoa que a lide não é condição essencial para o surgimento e desenvolvimento do processo. Ela pode até existir quando o acusado resiste à pretensão

9. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000. v.1. p. 93.

10. BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Julgamento antecipado civil e penal*. Goiânia: AB, 1999.p. 120. Também fazem registro, preferindo a expressão *controvérsia penal*: ARAÚJO CINTRA. Antonio Carlos de; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido R. *Teoria geral do processo*. 13.ed. Malheiros: São Paulo, 1997. p. 132.

## Capítulo II

# Princípios Informadores do Direito Processual Penal

---

**Sumário** • 1. Princípios processuais penais – 2. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade – 3. Princípio da imparcialidade do juiz – 4. Princípio da igualdade processual (princípio da paridade de armas e sua distinção) – 5. Princípio do contraditório ou bilateralidade da audiência – 6. Princípio da ampla defesa – 7. Princípio da ação, demanda ou iniciativa das partes – 8. Princípio da oficialidade – 9. Princípio da oficiosidade – 10. Princípio da verdade real – 11. Princípio da obrigatoriedade – 12. Princípio da indisponibilidade – 13. Princípio do impulso oficial – 14. Princípio da motivação das decisões – 15. Princípio da publicidade – 16. Princípio do duplo grau de jurisdição – 17. Princípio do juiz natural – 18. Princípio do promotor natural ou do promotor legal – 19. Princípio do defensor natural – 20. Princípio do devido processo legal – 21. Princípio do *favor rei* ou favor réu – 22. Princípio da economia processual – 23. Princípio da oralidade – 24. Princípio da autoritariedade – 25. Princípio da duração razoável do processo penal – 26. Princípio da proporcionalidade – 27. Princípio da inexistência de autoincriminação – 28. Princípio da cooperação processual – 29. Quadro sinótico – 30. Súmulas do STJ – 31. Súmulas do STF – 32. Questões de concursos públicos – 33. Gabarito anotado – 34. Questões discursivas com comentários

## 1. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal. O processo, enquanto tal, deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional. Aliás, o processo é uma das previsões constitucionais de garantia do atendimento ao texto da Constituição do Brasil.

Nesse aspecto, os princípios que irrigam a nossa disciplina são fundamentais, muitos deles encontrando respaldo expresso na própria Constituição da República. Os princípios não estão no sistema em um rol taxativo. Em verdade, diante da atividade do jurista para a construção da norma jurídica, serão possíveis aplicações que evidenciem tanto princípios constitucionais expressos como princípios constitucionais decorrentes do sistema constitucional.

Vejam, então, os princípios constitucionais e infraconstitucionais que incidem na disciplina do direito processual penal.

## 2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

Presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção. Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Antes, já se invocava sua aplicação, por decorrer do

sistema, de forma implícita. A CF/1988 cuidou do estado de inocência de forma ampla, isto é, de modo mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto nº 678/1992), na medida em que esta estabeleceu que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 8º, 2), enquanto aquela dispôs como limite da presunção de não culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da CF/1988). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

Questão tormentosa envolveu a chamada execução provisória da pena, também rotulada como prisão em segunda instância. É que o Pleno do STF, no julgamento do HC nº 126.292, admitiu o início do cumprimento da pena após a confirmação da condenação por um tribunal, uma vez esgotadas as vias ordinárias. Para tanto, amparou-se na ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, contemporizando a presunção de inocência.

Mais recentemente, voltando ao tema no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, o Pleno da Suprema Corte sepultou a prisão em segunda instância, reconhecendo que antes do trânsito em julgado o art. 283 do CPP admite tão somente o flagrante, a preventiva e a prisão temporária. Entretanto, em arriscada aventura de duvidosa constitucionalidade, a alínea “e”, do inciso I, do art. 492, do CPP, tratando das condenações do júri a uma pena igual ou superior a quinze anos de reclusão, autoriza a execução provisória da sentença de primeiro grau, retirando, para tanto, o efeito suspensivo do recurso de apelação em tais hipóteses.

Em outro giro, pela presunção de inocência, as medidas cautelares durante a persecução estão a exigir redobrado cuidado. Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, ou a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua pessoa. O Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria, improcedentes os pedidos de ações diretas de inconstitucionalidade movidas contra, notadamente, dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 (que dispõe sobre o sigilo de operações financeiras) e da Lei Complementar nº 104/2001 (que alterou o Código Tributário Nacional, para admitir o compartilhamento de informações sigilosas entre órgãos da administração pública, para fins penais e de inscrição em dívida ativa tributária). As ações se baseavam na necessidade de ordem judicial para o afastamento dos sigilos bancário, financeiro e tributário<sup>1</sup>.

Ao dispensar ordem judicial para o denominado **compartilhamento de informações** entre órgãos da Administração Pública, limitando o âmbito de incidência do art. 5º, XII, da Constituição Federal, o STF ampliou possibilidade de investigação preliminar, inclusive sem notícia-crime prévia.

1. STF – Primeira Turma – RE 1058429 AgR – Rel. Min. Alexandre de Moraes – 06 mar. 2018.

Entendeu-se que a previsão de compartilhamento de informações bancárias e financeiras entre diversos órgãos da Administração Pública não mitiga o direito aos sigilos bancário e financeiro, bem como não constituem violação ao direito à intimidade. Isso porque a legislação, ao lado de possibilitar o acesso direto a dados sigilosos e comunicação aos órgãos da Fazenda Pública, preconiza que esses mesmos órgãos estarão obrigados a guardar sigilo sobre as informações objeto de acesso.

Nesse contexto, não haveria “quebra de sigilo”, vedada, mas “transferência de sigilo” dos bancos à Administração Pública (Fisco), regida pela mais estrita legalidade. Por outro lado, argumentou o STF que, na hipótese, fica compatibilizada a relação entre o dever fundamental de pagar tributos e o dever da Administração de fiscalizar tributos, em compasso com os compromissos assumidos pelo Brasil internacionalmente. Ao lado da regulamentação, por decreto, do proceder da União para compartilhamento de dados sigilosos, estados-membros e municípios, para que possam se valer da transferência de dados sigilosos, devem, conforme a decisão referida, conter regramento análogo ao Decreto nº 3.724/2001, observando como parâmetros, a necessidade de:

(1) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado;

(2) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões;

(3) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico;

(4) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e

(5) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.

Mais recentemente, o STF ratificou a possibilidade de compartilhamento, sendo fixada a seguinte tese, em sede de repercussão geral:

(1) primeiramente, a de que é constitucional o compartilhamento, para fins criminais, dos relatórios de inteligência financeira da UIF (COAF) e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal, “sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional”; e

(2) em complemento, que tal compartilhamento pela UIF (COAF) e pela Receita Federal do Brasil, “deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios”<sup>2</sup>.

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo

2. STF – RE 1055941 – Repercussão Geral – Rel. Min. Dias Toffoli – julgamento em 04 dez. 2019.



a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

A propósito da dimensão do princípio da presunção de inocência, George Sarmiento enfatiza a necessidade de “cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento”. Cria-se assim “um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal”, porém, “sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei”, assegurando o combate legítimo e efetivo da criminalidade<sup>3</sup>.

Vale destacar ainda que o princípio da presunção de inocência tem sido encarado como sinônimo de presunção de não culpabilidade. São expressões equivalentes. Esta é a nossa posição. Não podemos desmerecer, contudo, que em face da redação esboçada no inciso LVII, do art. 5º, da CF/1988, ensaiou-se uma distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade.

Ao tratarmos do tema em livro específico, juntamente com Alex Sampaio, alertamos que “a redação que demos ao princípio levou ao equivocado raciocínio de que em face daquele contra o qual há instaurada uma ação penal”, seria presumível sua culpabilidade, mercê de contra ele existir “suporte probatório mínimo, que impediria a presunção de sua inocência”<sup>4</sup>. Em síntese, a presunção de inocência duraria até o início do processo. Após, o réu, em face do lastro probatório contra si angariado, poderia ter tratamento similar àqueles já definitivamente condenados. Segundo Simone Schreiber, esquadrihando o histórico italiano, “só se poderia admitir a presunção de inocência do delinquente ocasional que houvesse negado a prática do crime, e mesmo assim enquanto não se reunisse a prova indiciária contra ele”, haja vista que “a própria instauração do processo criminal autorizava que se presumisse a culpa do imputado, e não sua inocência”<sup>5</sup>.

É certo que na atual ordem constitucional, não podemos admitir uma distinção dessa ordem. Enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, a culpa não se estabelece. Ainda assim, o STF, nos verbetes sumulares nº 716 e nº 717, admite a aplicação dos benefícios da Lei de Execuções Penais, como a progressão de regime, àqueles que ainda não estejam definitivamente condenados. O STF, aliás, mitigando a abrangência da presunção de inocência, por maioria, reconheceu a constitucionalidade da regra do art. 305, do Código de Trânsito Brasileiro, que tipifica como crime a conduta de “afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída”. Entendemos que o dispositivo viola a Constituição, pelo que não concordamos com a flexibilização dos direitos fundamentais em jogo. Entretanto, diferentemente, a decisão majoritária da Suprema Corte considerou que não há restrição ao princípio da

3. SARMENTO, George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 217-243.

4. SAMPAIO, Alex; TÁVORA, Nestor. Princípio da presunção de inocência. In: *Princípios penais constitucionais*. Ricardo Augusto Schmitt (org.). Salvador: JusPodivm, 2007. p. 171-190.

5. SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. *Revista Jus Navegandi*. Teresina, ano 10, nº 790. 1 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7198>>. Acesso em: 9 dez. 2016.

## Capítulo IV

# Inquérito Policial

---

**Sumário** • 1. Conceito e finalidade do inquérito policial – 2. Natureza jurídica do inquérito policial – 3. Destinatários do inquérito policial – 4. Características do inquérito policial – 5. Discricionariedade – 6. Escrito – 7. Sigiloso – 8. Oficialidade – 9. Oficiosidade – 10. Indisponibilidade – 11. Inquisitivo – 12. Autoritariedade – 13. Dispensabilidade – 14. Competência (atribuição) – 15. Critério territorial – 16. Critério material – 17. Critério em razão da pessoa – 18. Prazos – 19. Regra geral – 20. Prazos especiais – 21. Prazos para inquéritos a cargo da polícia federal – 22. Prazo para inquéritos policiais por crimes contra a economia popular – 23. Prazos para inquéritos policiais por crimes de tráfico de drogas – 24. Prazos para inquéritos policiais militares – 25. Contagem do prazo – 26. Valor probatório – 27. Vícios – 28. *Notitia criminis* (notícia do crime ou notícia do fato) – 29. Espécies de notícia-crime – 30. Notícia-crime espontânea (cognição imediata) – 32. Notícia-crime provocada (cognição mediata) – 33. Notícia do crime por requisição do Ministério Público – 34. Notícia-crime por requerimento da vítima – 35. Noticiam-crime por delação – 36. Notícia-crime por representação da vítima (*delatio criminis* postulatória) – 37. Notícia-crime por requisição do Ministro da Justiça – 39. Peças inaugurais do inquérito policial – 40. Incomunicabilidade – 41. Providências – 42. Reprodução simulada dos fatos – 43. Indiciamento – 44. Indiciado incapaz – 45. Desindiciamento – 46. Vedações ao indiciamento – 47. Afastamento do servidor público indiciado em crimes de lavagem de dinheiro – 48. Limites ao indiciamento – 49. Encerramento do inquérito policial – 50. Procedimento para o inquérito policial que apura crime de ação penal pública – 51. Quais são as hipóteses que autorizariam o pedido de arquivamento? – 52. Arquivamento por falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal – 53. Arquivamento por falta de justa causa – 54. Arquivamento fundado em hipóteses de mérito – 55. Legitimidade para o arquivamento, consequências jurídicas e coisa julgada – 56. Recurso e ação privada subsidiária da pública – 57. Divergência do magistrado quanto ao pedido de arquivamento do inquérito policial e distinções do procedimento conforme a competência da Justiça – 58. Divergência do juiz de direito quanto ao pedido de arquivamento – 59. Divergência quanto ao pedido de arquivamento na justiça federal – 60. Arquivamento no âmbito do STF – 61. Arquivamento no âmbito dos tribunais de justiça – 62. Arquivamento e divergência no âmbito do órgão revisional do Ministério Público – 63. Desarquivamento – 64. Arquivamento implícito – 65. Arquivamento indireto – 66. Arquivamento originário – 67. Arquivamento provisório – 68. Procedimento para o inquérito policial que apura crime de ação penal privada – 69. Arquivamento do inquérito policial sem requerimento do Ministério Público – 70. Quadro sinótico – 71. Súmulas do STJ – 72. Súmulas do STF – 73. Questões de concursos públicos – 74. Gabarito anotado – 75. Questões discursivas com comentários

## 1. CONCEITO E FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial é um procedimento de caráter instrumental – uma instrumentalidade preliminar se vista diante da natural instrumentalidade do processo penal em face do direito penal material –, cujo fito é o de esclarecer previamente os fatos tidos por delituosos antes de ser ajuizada a ação penal. Sua importância verifica-se pelo fato de ser cediço que o processo penal fere o *status dignitatis* do acusado. Daí que de sua instrumentalidade decorrem duas funções:

(1) **preservadora**: embora seja o inquérito policial peça prescindível – pois a ação penal pode ser movida com base em simples peças de informação –, fato é que sua instauração é apta à precaução contra ações penais temerárias, sem justa causa ou infundadas, com vantagens à economia processual;

(2) **preparatória**: colige elementos de informação, protegendo a prova contra a ação do tempo e conferindo robustez à justa causa para a ação penal<sup>1</sup>.

Como ensina Tourinho Filho, o inquérito é “o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”<sup>2</sup>.

Com a ocorrência da infração, é salutar que se investigue com o fito de coligir elementos que demonstrem a autoria e a materialidade do delito, viabilizando-se o início da ação penal. Vale destacar que o inquérito visa carrear elementos de informação. A rigor, elementos de informação se distinguem de prova. Isso porque a prova – tal como será estudada no capítulo específico sobre direito probatório – é constituída formalmente quando sua formação perpassa por todas as suas etapas, em especial, o crivo do contraditório perante juízo competente.

Com efeito, a prova se completa quando há postulação pelas partes, admissão pelo juiz, produção com participação das partes e valoração por decisão fundamentada. Como as “provas” colhidas no inquérito policial não são produzidas por juiz, porém pela autoridade policial, assim como não há contraditório ou procedimento dialético – salvo, excepcionalmente, quando se vislumbra a irrepetibilidade da prova –, tecnicamente são chamadas de elementos de informação, não sendo científico chamar-lhes de “provas”.

Essa distinção, doutrinária, é depreendida, inclusive, do teor do art. 155, *caput*, do CPP, consignando que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito, as circunstâncias do fato e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado (art. 2º, § 1º, Lei nº 12.830/2013).

Não se pode negar que o inquérito policial também contribui para a decretação de medidas cautelares no decorrer da persecução penal, onde o magistrado pode tomá-lo como base para proferir decisões ainda antes de iniciado o processo, como por exemplo, a decretação de prisão preventiva ou a determinação de interceptação telefônica.

Com a verbete sumular nº 444, do STJ, firmou-se o entendimento segundo o qual é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, prestigiando o princípio da presunção de inocência e reforçando o caráter preparatório próprio do inquérito.

1. LIMA, Renato Brasileiro. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013. p. 71.

2. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 192.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito é um procedimento de índole eminentemente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal. Rege-se pelas regras do ato administrativo em geral.

## 3. DESTINATÁRIOS DO INQUÉRITO POLICIAL

Os elementos de informação coligidos servem à formação da *opinio delicti*. Em outras palavras, diretamente, a reunião de documentos, laudos e depoimentos serão suporte probatório ao exercício da ação penal, pública ou privada. De tal sorte, os destinatários imediatos ou diretos do inquérito serão o Ministério Público ou o ofendido (e, eventualmente, os sucessores processuais deste). Por outra via, o juiz será, restritamente, destinatário mediato ou indireto.

Com a atual sistemática, o juiz das garantias, que tem competência para atuar na fase preliminar, será informado da instauração da investigação, recebendo os autos do inquérito concluído, que ficarão armazenados na secretaria do juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, mas não acompanham os autos do processo que segue ao juiz da instrução. Excepcionalmente, acompanham o processo, apensos em apartado, os documentos inerentes às provas irrepetíveis, medidas de obtenção ou antecipação de provas.

Como é o juiz das garantias que vai deliberar sobre a admissibilidade da inicial acusatória, assim como despachar com a autoridade investigante, com o Ministério Público e com a defesa, resolvendo sobre toda e qualquer medida da fase investigativa (art. 3º-B, CPP), nos parece ser ele o destinatário indireto ou mediato da investigação<sup>3</sup>.

Analisando o Tribunal do Júri, entendemos, juntamente com André Nicolitt, que os jurados não são destinatários, sequer indiretos ou mediatos, dos elementos de informação do inquérito policial, a não ser de forma limitada às provas periciais irrepetíveis. Nas palavras do processualista, “no procedimento do júri, muito embora vigore o princípio da íntima convicção e não seja exigida fundamentação na decisão do júri, o julgamento deste órgão não está dispensado de observar o princípio do contraditório. Desta forma, a decisão dos jurados não pode ser influenciada pelo inquérito policial”<sup>4</sup>.

## 4. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito, como procedimento administrativo preliminar, é regido por características que o diferenciam, em substância, do processo. Ele é discricionário, escrito, sigiloso, oficial, oficioso, indisponível, inquisitivo, regido pela autoritariedade e dispensável. Analisemos, separadamente, cada uma delas.

## 5. DISCRICIONARIEDADE

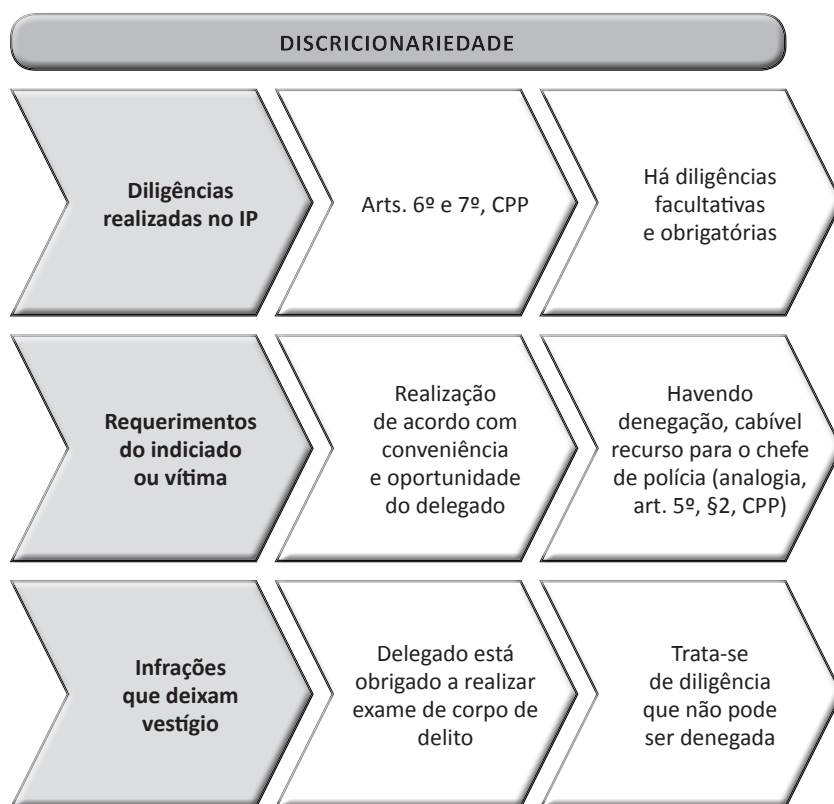
A fase pré-processual não tem o rigor procedimental da persecução em juízo. O delegado de polícia conduz as investigações da forma que melhor lhe aprouver. O rumo das

3. Dispositivo com eficácia suspensa, nos termos de decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal (STF – ADI 6298/DF – Medida Cautelar – Rel. Min. Luiz Fux – 22 jan. 2020).

4. NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 181.

diligências está a cargo do delegado, e os arts. 6º e 7º, do CPP, indicam as diligências que podem ou devem ser desenvolvidas por ele, de forma que o inquérito não possui uma ritualística rígida e engessada.

A autoridade policial pode atender ou não aos requerimentos patrocinados pelo indiciado ou pela própria vítima (art. 14, CPP), fazendo um juízo de conveniência e oportunidade quanto à relevância daquilo que lhe foi solicitado. Só não poderá indeferir a realização do exame de corpo de delito, quando a infração praticada deixar vestígios, pelo que se pode afirmar que a discricionariedade do inquérito não é absoluta (art. 184, CPP). Havendo denegação da diligência requerida, nada impede que seja apresentado recurso administrativo ao Chefe de Polícia, por analogia ao art. 5º, § 2º, CPP. Sempre é bom lembrar que apesar de não haver hierarquia entre juízes, promotores e delegados, caso os dois primeiros emitam requisições ao último, este está obrigado a atender, por imposição legal (art. 13, II, CPP).



## 6. ESCRITO

Sendo procedimento administrativo destinado a fornecer elementos ao titular da ação penal, o inquérito, por exigência legal, deve ser escrito, prescrevendo o art. 9º, do CPP, que todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade. Os atos produzidos oralmente serão reduzidos a termo. Nada impede, com base em interpretação progressiva da lei, que outras formas de documentação sejam utilizadas, de maneira a imprimir maior fidelidade ao ato,

## Capítulo V

# Juiz das Garantias

---

**Sumário** • 1. Conceito – 2. Fundamento constitucional – 3. Suspensão cautelar da disciplina legal do juiz das garantias – 4. Implementação e resistência ao juiz das garantias – 5. Competência do juiz das garantias – 6. Controle da legalidade da investigação criminal – 7. Salvaguarda dos direitos individuais submetidos à cláusula especial de reserva – 8. Competência para receber comunicação imediata da prisão – 9. Competência para receber o auto de prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão – 10. Zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo – 11. Ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal – 12. Decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar – 13. Prorrogar prisão provisória ou outra medida cautelar, substituí-las ou revogá-las – 14. Decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis – 15. Prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso – 16. Determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento – 17. Requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação – 18. Decidir sobre requerimentos de afastamento de sigilo telefônico, de fluxo de comunicações, fiscal, bancário, de dados, de busca e apreensão, de informações e outros meios de obtenção de provas – 19. Julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia – 20. Determinar a instauração de incidente de insanidade mental – 21. Decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa – 22. Assegurar o direito do investigado e do seu defensor ao acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos na investigação criminal – 23. Deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia – 24. Decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação – 25. Outras matérias definidas como da competência do juiz das garantias – 26. Quadro sinótico – 27. Súmulas do STJ – 28. Súmulas do STF – 29. Questões de concursos públicos – 30. Gabarito anotado – 31. Questões discursivas com comentários

## 1. CONCEITO

Reconhecemos, como juiz das garantias, o magistrado que, por lei, é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. O seu conceito se relaciona intimamente com a sua competência e com a necessidade de se assegurar a imparcialidade do juiz responsável pelo julgamento de mérito condenatório.

O juiz de garantias tem natureza de função enfeixada nas mãos de um órgão jurisdicional. Trata-se de uma das funções que o Poder Judiciário pode exercer. A expressão designa uma delimitação de competência. Ao especificar a competência do juiz das garantias, apartando-a da competência do juiz da instrução, a legislação não divide a jurisdição, que subsiste uma, porém logra repartir a porção de cada um dos centros de atribuição judicial.

É nesse sentido que o juiz das garantias consiste em um dos exemplos de delimitação da **competência funcional, segundo o objeto do juízo**, como lembrado na lição de Afrânio

Silva Jardim<sup>1</sup>. Os elementos de conexão necessários ao estabelecimento da competência funcional, são aqueles que compõem a estrutura do processo. Na hipótese, a ênfase é no juiz que deverá exercer o poder, notadamente na fase pré-processual.

## 2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

O sistema acusatório é o alicerce constitucional para a existência do juiz das garantias. A divisão de funções é um dos pilares mais robustos dessa estrutura de processo penal. Aquele que tem competência para julgar o mérito condenatório não pode exercer tarefas próprias do órgão acusador. O juiz das garantias antecipa essa cautela. Como todo juiz, ele não deve exercer poderes a cargo do promotor da ação penal.

Compreende-se que sua atuação como garante de direitos na fase investigativa é capaz de contaminar o juízo cognitivo que poderia ter, ao cabo, se fosse também julgar o mérito do processo penal. Não sem motivo, o art. 3º-A, do CPP<sup>2</sup>, inserido pela Lei nº 13.964/2019, vedou ao magistrado, a partir da constatação de que o processo penal terá estrutura acusatória:

- (1) a iniciativa do juiz na fase de investigação; e
- (2) a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

O juiz das garantias é uma forma de delimitar não apenas a competência de magistrados, segundo o objeto do juízo cognitivo outorgado pela legislação, mas também para assegurar que o princípio do juiz natural não conflite com a sua necessária **imparcialidade**. Ele é uma divisão da competência, segundo a estrutura funcional da persecução penal. Mas também ele é limite porque se opõe a julgamentos sobre os quais recaia dúvida sobre a suspeição do julgador. Nessa linha, não se deve admitir a supressão da liberdade de alguém se não for respeitada, rigorosamente, a estrutura acusatória do processo penal.

A separação das funções na Lei nº 13.964/2019 incidiu não apenas nos sujeitos processuais que compõem a relação processual penal: autor-juiz-réu. A funcionalidade processual recaiu sobre a ambivalência de atuação que pode assumir o julgador no processo penal. O juiz é um ser humano e, dessa maneira, devemos considerar que ele se modifica por meio do seu contato com elementos empíricos que descrevam fatos como provas.

Deveras, a atividade de conhecimento de um fato penal interfere na percepção e vice-versa. Dessa forma, correto o *caput*, do art. 3º-D, do CPP, que previu hipótese de **impedimento** do juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz de garantias. Trata-se de hipótese que o magistrado ficará proibido de funcionar no processo. Caso viole o impedimento, haverá **inexistência jurídica** do ato praticado que, por consequência, deve implicar **invalidação**. Embora aquele dispositivo faça menção aos arts. 4º e 5º, do Código, o legislador incursionou em erro material, pelo que entendemos que as competências indicadas se referem às do art. 3º-B, do CPP, analisadas mais à frente.

1. JARDIM, Afrânio Silva. Primeiras impressões sobre a lei que regulamenta o “juiz de garantias”. *Justificando*, jan. 2020. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2020/01/22/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-que-regulamenta-o-juiz-de-garantias/>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

2. Dispositivo com eficácia suspensa, nos termos de decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal (STF – ADI 6298/DF – Medida Cautelar – Rel. Min. Luiz Fux – 22 jan. 2020).

Não é desnecessário invocar o magistério, sempre relevante, de Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter, dando ênfase ao fato de que “a atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo”. Nesse espaço, seque se deve cogitar deferir ao julgador o poder de “orientar a investigação policial, tampouco presenciar seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial”<sup>3</sup>.

Ainda seguindo o que leciona Aury Lopes Jr. sobre o tema, em outro estudo, importante lembrar da **teoria da dissonância cognitiva**, desenvolvida na psicologia social: ela consiste na percepção de uma tensão entre o conhecimento de um indivíduo e a sua opinião. Eis uma das questões centrais que nos ajudam a entender quando a imparcialidade do juiz ficou comprometida. Por exemplo, na gestão de provas no processo penal, o juiz enfrentará não somente opiniões antagônicas, causadoras de desconfortos cognitivos (contradições em torno do fato, formadas na estrutura de seu pensamento), porém, principalmente, tentará reduzir o abismo desses paradoxos, procurando uma consonância, tendente a reduzir sua frustração de expectativas, na procura de um equilíbrio em seu sistema cognitivo, em defesa do ego<sup>4</sup>.

A dissonância acontece diante do conflito entre a *doxa* (opinião) e a *episteme* (ciência, consciência, cognição ou conhecimento), elementos estruturais do conhecimento do humano. O juiz das garantias, nessa toada, não pode julgar o mérito da causa, porque afetada sua imparcialidade, eis que tomou, previamente, conhecimento dos fatos. Restou, destarte, prejudicada a sua atividade cognoscitiva.

E qual a razão de invocar os ricos da dissonância de conhecimento dos fatos apresentados na fase de investigação preliminar em confronto com a etapa processual penal?

Para proteger o imputado contra os riscos do descompasso cognitivo que pressionam o magistrado, quando do julgamento, eis que, por ter tido contato com os elementos investigativos, terá sua imparcialidade comprometida, ainda que inconscientemente, notadamente quando o julgador se esforçar para encontrar uma tutela equilibrada, mas capaz de distorcer a aplicação das regras do processo de conhecimento diante da narrativa acusatória.

### 3. SUSPENSÃO CAUTELAR DA DISCIPLINA LEGAL DO JUIZ DAS GARANTIAS

Logo que publicada a Lei nº 13.964/2019, associações de classes vinculadas à magistratura e ao Ministério Público, assim como partidos políticos ingressaram com ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), atacando o que, a nosso ver, aquele diploma legal traz de melhor ao sistema processual penal brasileiro.

Duas medidas cautelares foram concedidas, sucessivamente, no período de suspensão das atividades do STF:

3. LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 8, nº16, p. 57, set.-dez. 2016.
4. LOPES JR., Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz. *Consultor Jurídico*, 11 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 18 fev. 2020.



(1) a primeira, em menor extensão, pelo Presidente da Corte Suprema, Ministro Dias Toffoli;

(2) a segunda, de dimensão bem mais larga, pelo relator, Ministro Luiz Fux.

Apesar da obviedade, não custa lembrar que são ações de controle de constitucionalidade, pela via concentrada. Para a suspensão cautelar de algum dispositivo, seria preciso demonstrar incompatibilidade insuperável com o texto constitucional. Na hipótese, não vemos como justificar a sustação do juiz de garantias. Ele atende ao escopo constitucional do juiz competente que todos temos direito: imparcial e natural, a fim de que seja assegurado o direito maior, que é a presunção de inocência do imputado.

Vejamos cada uma daquelas decisões, em apertada síntese.

**(1) A primeira, concedida nos autos das ADI's 6298, 6299 e 6300, pelo Ministro-Presidente<sup>5</sup>.**

Na fundamentação da decisão, foi rejeitada a alegação de inconstitucionalidade formal, ao reconhecer legítimo o exercício da competência do Congresso Nacional. No que concerne aos artigos 3º-A ao 3º-F, do CPP, introduzidos pela Lei nº 13.964/2019, foi realçado que o microsistema do juiz das garantias tem o condão:

(a) de promover “uma clara e objetiva diferenciação entre a fase pré-processual (ou investigativa) e a fase processual propriamente dita do processo penal”, colorindo “uma cisão muito mais acentuada entre as duas fases do processo penal. A linha divisória entre as duas fases está situada no recebimento da denúncia ou da queixa, último ato praticado pelo juiz das garantias (art. 3º-C, *caput*)”. Depois dessa etapa, as demais questões, pendentes, “passam a ser resolvidas pelo juiz da instrução e do julgamento (art. 3º-C, § 1º)”;

(b) de romper com o modelo que sempre vigorou no processo penal brasileiro, ao tornar impedido o juiz que atuar na competência das garantias. Consiste numa “mudança paradigmática de nosso processo penal”. No entanto, “mostra-se formalmente legítima, sob a óptica constitucional, a opção do legislador de, no exercício de sua liberdade de conformação, instituir no sistema processual penal brasileiro, mais precisamente no seio da persecução criminal, a figura do ‘juiz das garantias’”;

(c) de criar uma divisão de competência funcional entre os juízes na seara criminal, como já ocorre em vários países do mundo. Um juiz atuará durante a fase de investigação no controle da legalidade e da garantia dos direitos fundamentais e outro, durante a instrução do processo e em seu julgamento”. Entrementes, “ambos são juízes independentes e com todas as garantias da magistratura, previstas no art. 95 da Constituição Federal”;

(d) de se inserir – com os arts. 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D, *caput*; 3º-E e 3º-F do CPP – “em questões atinentes ao próprio exercício da jurisdição no processo penal brasileiro, alterando profundamente sua lógica de funcionamento, a partir de uma clara cisão de competência entre as fases pré-processual e processual”;

(e) de interferir em questão de organização judiciária com a introdução do parágrafo único, do art. 3º-D, porquanto determina que se adote “um sistema de rodízio de

5. STF – ADI 6298/DF; ADI 6299/DF; ADI 6300/DF – Medida Cautelar – Min. Presid. Dias Toffoli – 15 jan. 2020.

**magistrados** como mecanismo de efetivação do juízo das garantias”. Realmente “a norma em referência determina a forma pela qual, nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, deverá ser implementado o juízo das garantias. Ao fazer isso, cria uma obrigação aos tribunais no que tange a sua forma de organização, violando, assim, o poder de auto-organização desses órgãos (art. 96 da Constituição Federal) e usurpando sua iniciativa para dispor sobre organização judiciária (art. 125, § 1º, da Constituição Federal);

(f) de promover a imparcialidade judicial, tornando o juiz um garantidor dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, eis que “a instituição do ‘juiz das garantias’ pela Lei nº 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988. Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório”. Muito além da função de garante, o juiz das garantias se irmana com as cláusulas de “reserva de jurisdição na adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais na fase da investigação” e com a necessidade de preservação de sua imparcialidade.

A decisão do Ministro-Presidente, apesar de suspender a eficácia das regras do juiz de garantias, ao lado de algumas outras, assim o fez pelo período de cento e oitenta dias. Na fundamentação, referiu grandes nomes como Frederico Marques, Aury Lopes Jr., Gustavo Badaró, Teresa Armenta Deu, Ernst Beling, dentre outros.

Da parte conclusiva, extrai-se a deliberação no sentido de suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19; a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, *caput*, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de cento e oitenta dias, contados a partir da publicação da decisão. De outra vertente, resolveu conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam aos processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990, aos processos de competência do Tribunal do Júri, aos casos de violência doméstica e familiar, como também aos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral. Além de todas essas providências, a decisão cautelar ora analisada definiu regras de transição.

No nosso entender, o juiz de garantias é perfeitamente compatível com os ritos excluídos pela referida liminar. No tribunal, por exemplo, relator e revisor podem alternar as funções de garantia e de instrução<sup>6</sup>.

## **(2) A segunda decisão monocrática, concedida nos autos das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, pelo Ministro-Relator<sup>7</sup>.**

Na decisão epigrafada, foi revogada a decisão anterior, proferida pelo Presidente do STF. No que interessa, a suspensão da eficácia dos dispositivos correspondentes ao microsistema do juiz das garantias foi reiterada, mas sem limite no tempo, até que seja examinada

6. JARDIM, Afrânio Silva. Primeiras impressões sobre a lei que regulamenta o “juiz de garantias”. *Justificando*, jan. 2020. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2020/01/22/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-que-regulamenta-o-juiz-de-garantias/>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

7. STF – ADI 6298/DF; ADI 6299/DF; ADI 6300/DF; ADI 6305/DF – Medida Cautelar – Rel. Min. Luiz Fux – 22 jan. 2020.

a questão pelo Pleno daquele tribunal. O Ministro Relator, reputando inconstitucional formal e materialmente, o juiz das garantias, ponderou, como argumentos, que:

(a) os arts. 3º-A a 3º-F, do CPP, consistem, preponderantemente, em normas sobre organização judiciária, de iniciativa do Poder Judiciário. De outra vertente, “o juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas”;

(b) estudos comportamentais não permitem inferir que, automaticamente, que “qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permite inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução”;

(c) somente uma leitura formalista diria que os artigos 3º-A ao 3º-F, do CPP, “teriam acrescentado ao microsistema processual penal mera regra de impedimento do juiz criminal, acrescida de repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal”. No entanto, “a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país”.

Da parte conclusiva dessa decisão cautelar, do Ministro Relator, ficou consignada a revogação da decisão monocrática anterior, exarada pelo Ministro Presidente do STF e, em acréscimo, a suspensão “*sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário da implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, CPP), como também da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, § 5º, CPP), da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, *caput*, CPP) e da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de vinte e quatro horas (art. 310, § 4º, CPP).

#### 4. IMPLEMENTAÇÃO E RESISTÊNCIA AO JUIZ DAS GARANTIAS

A resistência ao instituto é impressionante. Não menos incrível é que a reação ao juiz das garantias já era antevista pela doutrina de Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter, em estudo publicado há quatro anos, quando denunciavam “práticas autoritárias em pleno Estado Democrático de Direito” e “a tentativa de abortamento dessa importante figura”. A justificativa daquela época não era diferente da contemporânea. Dizia-se que o juiz das garantias representaria “um ‘atraso no combate à impunidade’, tendo em vista que daria margem para anulação de processos futuros e maior morosidade das investigações”, além do que conflitaria “com a realidade judiciária do País, que não teria juízes suficientes para colocar em prática a inovação projetada”. A exemplo do problema estrutural-orçamentário, também infundada “a invocação da razoável duração do processo para problematizar o novo instituto, considerando-se que é inadmissível a utilização de uma garantia fundamental

# Capítulo VI

## Ação Penal

---

**Sumário** • 1. Conceito – 2. Características – 3. Localização no ordenamento jurídico – 4. Condições para o exercício da ação penal – 5. Interesse de agir – 6. Legitimidade (legitimatio ad causam) – 7. Justa causa – 8. Condições específicas – 9. Condições de procedibilidade – 10. Condições específicas constitucionais – 11. Condições específicas legais – 12. Condições específicas jurisprudenciais – 13. Condições objetivas de punibilidade – 14. Condições de prosseguibilidade – 15. Oportunidade para verificação das condições para o exercício da ação penal – 16. Classificação das ações – 17. Ação penal pública incondicionada – 18. Princípios informadores da ação penal pública – 19. Princípio da obrigatoriedade (legalidade processual) – 20. Princípio da indisponibilidade ou da indesistibilidade – 21. Princípio da oficialidade – 22. Princípio da autoritariedade – 23. Princípio da oficiosidade – 24. Princípio da indivisibilidade – 25. Princípio da intranscendência ou da pessoalidade – 26. Ação pública condicionada – 27. A representação – 28. Os destinatários da representação – 29. Ausência de rigor formal da representação – 30. O prazo da representação e sua contagem – 31. O menor representado – 32. A sucessão processual – 33. Ausência de vinculação do Ministério Público à representação – 34. Eficácia objetiva da representação – 35. Retratação – 36. A requisição do Ministro da Justiça – 37. Destinatário da requisição do Ministro da Justiça – 38. Prazo para oferecimento da requisição do Ministro da Justiça – 39. Impossibilidade de retratação da requisição do Ministro da Justiça – 40. Ausência de vinculação do MP à requisição – 41. Eficácia objetiva da requisição – 42. Ação penal privada – 43. Titularidade da ação penal privada – 44. Princípios informadores da ação penal privada – 45. Princípio da oportunidade ou conveniência – 46. Princípio da disponibilidade – 47. Princípio da indivisibilidade – 48. Princípio da intranscendência ou da pessoalidade – 49. Espécies de ação penal privada – 50. Ação penal exclusivamente privada ou propriamente dita – 51. Ação penal privada personalíssima – 52. Ação penal privada subsidiária da pública, supletiva ou acidentalmente privada – 53. Atuação do Ministério Público na ação penal privada supletiva – 54. Custas e honorários advocatícios – 55. Questões complementares – 56. Ação de prevenção penal – 57. Ação penal ex officio – 58. Ação penal pública subsidiária da pública – 59. Ação penal popular – 60. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual – 61. Direito intertemporal – 62. Ação penal no crime de estelionato – 63. Ação penal nos crimes contra a honra de funcionário público – 64. Ação penal secundária – 65. Ação penal adesiva – 66. Ação penal na injúria por preconceit. – 67. Ação penal extensiva – 68. Ação penal de segundo grau – 69. Inicial acusatória – 70. Requisitos formais – 71. Descrição do fato, com todas as suas circunstâncias – 72. Qualificação do acusado ou fornecimento de dados que possibilitem a sua identificação – 73. Classificação do crime – 74. Rol de testemunhas – 75. Pedido de condenação – 76. Endereçamento – 77. Nome e assinatura – 78. Outros requisitos da inicial acusatória – 79. Prazos para oferta da denúncia – 80. Prazos especiais para oferta da denúncia – 81. Início da contagem do prazo e o seu encerramento – 82. Desatendimento do prazo – 83. Prazos para oferta da queixa-crime – 84. Prazos especiais – 85. Aditamento da queixa – 86. Rejeição da denúncia ou queixa – 87. Repropositura da ação – 88. Rejeição versus não recebimento – 89. Rejeição parcial – 90. Recurso para combater a rejeição – 91. Efeito do julgamento do recurso contra a rejeição da inicial – 92. Preservação do contraditório e da ampla defesa no recurso contra a rejeição da inicial – 93. Fundamentação do recebimento e recebimento tácito – 94. Quadro sinótico – 95. Súmulas do STJ – 96. Súmulas do STF – 97. Questões de concursos públicos – 98. Gabarito anotado – 99. Questões discursivas com comentários

### 1. CONCEITO

É o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto. A Constituição consagra, no art. 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Logo, sendo a jurisdição inerte, e estando a autotutela banida, como regra, do ordenamento jurídico, resta

aos interessados, através do exercício do direito de ação, provocar a jurisdição no intuito de obter o provimento jurisdicional adequado à solução do litígio.

A doutrina diverge ao conceituar o direito de ação. São, basicamente, duas as correntes:

(1) a primeira entende, como nós, que a ação é direito público subjetivo, conexo a uma pretensão. A ação penal é direito que tem natureza jurídica híbrida, mista ou eclética, ou seja, é de natureza preponderantemente processual, mas tem também, natureza de direito material, haja vista que o não exercício da ação, notadamente aquelas de iniciativa privada ou mesmo de ação penal pública condicionada à representação, tem repercussão na esfera punitiva do estado. Em outras palavras, a inatividade do particular para deflagrar a persecução penal no prazo legal é prevista em lei como causa extintiva da punibilidade.

(2) a segunda posição sustenta que ação não é direito. O Direito subjetivo existente é o direito à tutela jurisdicional ou mesmo o direito de petição. A ação processual seria simplesmente conduta ou “o agir” em juízo, coisa diversa de direito. A ação seria então a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe precede e no qual se lastreia (Nesse sentido: Ovídio Baptista; também Pontes de Miranda<sup>1</sup>). De tal sorte, a ação penal é o agir em juízo para movimentar o direito punitivo estatal. A ação teria, sob essa perspectiva, natureza só processual.

## 2. CARACTERÍSTICAS

As características atinentes ao direito de ação permitem compreendê-lo melhor, com o reconhecimento de que este é autônomo, abstrato, subjetivo, público e instrumental. Vejamos.

(1) **Autônomo:** não se confunde com o direito material. Tem força e brilho próprio. O direito de ação é preexistente à pretensão punitiva do Estado, que surge com a ocorrência da infração penal.

(2) **Abstrato:** independe do resultado do processo. Mesmo que a demanda seja julgada improcedente, o direito de ação terá sido exercido.

(3) **Subjetivo:** o titular do direito é especificado na própria legislação, sendo como regra o Ministério Público (art. 257, I, CPP) e excepcionalmente a própria vítima ou seu representante legal.

(4) **Público:** a atividade provocada é de natureza pública, sendo a ação exercida contra o próprio Estado.

(5) **Instrumental:** é o meio para se alcançar a efetividade do direito material.

1. SILVA, Ovídio A. B. *Curso de processo civil*: volume 1: processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 77.



### 3. LOCALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Tendo o direito de ação natureza eminentemente processual, deveria estar tratado, segundo a melhor doutrina, apenas no âmbito do Código de Processo Penal<sup>2</sup>. Contudo, o legislador pátrio regulou o tema tanto no Código Penal, quanto no de Processo Penal (artigos 100 *et seq*, CP, e artigos 24 *et seq*, CPP).

### 4. CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL

São os requisitos necessários e condicionantes ao exercício regular da ação penal. Como se depreende, o exercício do direito de ação não se pode traduzir numa aventura desmedida. É certo que a deflagração da ação implica sérias consequências ao réu, exigindo-se do demandante o preenchimento de certas condições, para que o pleito jurisdicional possa ser exercido de forma legítima: são as condições da ação, desenvolvidas na obra de Enrico Tullio Liebman<sup>3</sup>, e que são identificáveis “à luz da relação jurídica material deduzida em juízo”<sup>4</sup>, protegendo-se o Poder Judiciário dos excessos do Estado-acusação, ou da vítima, na condição de querelante, em verdadeiro abuso de direito, evitando-se a possibilidade do manejo de ações inviáveis, pois o simples exercício da ação já implica consequências ao demandado, considerando que o processo é oneroso, não apenas pelo desgaste da sujeição ao procedimento, como pelos custos diretos ou indiretamente relacionados, pelo emprego de tempo, honorários etc.

Apesar do CPC ter suprimido a expressão “condições da ação”, no direito processual penal subsiste a categoria “**condições para o exercício da ação penal**” (art. 395, II, CPP). No entanto, o legislador processual penal não definiu o que seriam tais condições da ação. Historicamente, empregamos o modelo existente no Processo Civil com algumas adaptações, por autorização do art. 3º do CPP.

2. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003. v.1. p. 343.

3. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

4. DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*, vol. I. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005. p. 182.

O conteúdo das “condições para o exercício da ação” deve ser preenchido com atenção ao direito à liberdade que deve ser tutelado pelo processo penal. Ademais, as peculiaridades do direito processual penal determinam a construção de outra série de limites que se valem do termo “condições da ação”, ao lado dos “pressupostos processuais”.

Reputamos intermediária a categoria “condições para o exercício da ação penal”. Isso porque, seguindo um caminho gradativo quanto ao exame do núcleo meritório da demanda, poderemos alinhar as seguintes classes que devem ser aferidas para que haja um desenvolvimento válido e regular do processo:

(1) os **pressupostos processuais de existência** (jurisdição e demanda, por exemplo) e **de validade** do processo (tais como juiz competente, ausência de litispendência e ausência de coisa julgada). Importante registrar o magistério autorizado de Afrânio Silva Jardim, em recente estudo, que aponta, a “**originalidade**” como condição genérica para o regular exercício de qualquer ação. O autor sustenta que os tradicionais pressupostos objetivos extrínsecos denominados “litispendência” e “coisa julgada” são, em verdade, condições da ação, porquanto não são sanáveis, sem viabilidade de renovação da demanda com correção do vício. Em outros termos, a ação (penal) tem que ser original, não se admitindo reproduções, em face da vedação de dupla persecução penal<sup>5</sup>;

(2) as **condições para o exercício da ação penal** (a exemplo da legitimidade para a causa e do interesse de agir – categorias próprias do direito processual civil e que, muito restritamente, poderiam ser invocadas pelo processualista penal);

(3) as **questões de mérito** (que para serem apreciadas precisariam do juízo positivo de admissibilidade das primeiras duas etapas – pressupostos processuais e condições de ação).

O CPC continua a tratar do “interesse processual” e da “legitimidade para a causa”, tendo excluído a menção à “possibilidade jurídica do pedido”. Entendemos que a opção do legislador em suprimi-la foi acertada porque se tratava de categoria que necessitava de excessiva retórica para ser justificada no sistema jurídico. Tinha sido abandonada por Liebman, jurista italiano que inspirou o legislador do CPC/1973, antes mesmo deste entrar em vigor. No âmbito do processo penal, severas críticas são dirigidas à aplicação das categorias próprias do direito processual civil, sem qualquer filtro.

Considerando o contexto processual civil aplicado por analogia ao processo penal (art. 3º, CPP), as condições para o exercício da ação penal podem ser genéricas, isto é, aquelas que são parâmetros para toda e qualquer ação penal. São elas: a legitimidade, o interesse processual e a justa causa. As duas primeiras estão mencionadas no inciso VI, do art. 485, do CPC que, contudo, não as denomina condições da ação. São abrangidas pelo direito processual penal como condições para o exercício da ação penal por meio da combinação daquele dispositivo processual civil com o inciso II, do art. 395, e com o art. 3º, do CPP. A justa causa é trabalhada de forma autônoma no inciso III, do mesmo art. 395, CPP, sendo polêmico o enquadramento como mais uma condição da ação, como veremos adiante.

5. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 340 et seq.