

Danilo da Cunha Sousa

PROCESSO
PENAL
PARA CONCURSOS

2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo I

Introdução ao processo penal

1. CONCEITO E FUNÇÃO DO PROCESSO PENAL

O direito processual penal é o conjunto de regras jurídicas que disciplinam a investigação criminal e a ação penal, que visam apurar a **existência de um crime e a respectiva autoria** com o fim de se obter uma sentença que legitime a aplicação da sanção penal.

Instrumentalidade é a marca do direito processual. Mas o processo é instrumento de quê?

É instrumento ou mecanismo por meio do qual o Estado-Juiz restabelece a ordem jurídica abalada pela prática do ilícito.

E o processo penal é instrumento de quê?

À primeira vista, o processo penal é o instrumento por meio do qual **o Estado faz valer, ao final dele, a sua pretensão punitiva** surgida com a prática de um ilícito criminal.

Assim, com a prática de um crime, surge para o Estado o *jus puniendi*, ou seja, a pretensão punitiva, o direito de aplicar uma sanção penal ao infrator da lei.

Essa sanção penal, contudo, não pode ser aplicada de imediato. Depende, por vezes, de um procedimento investigatório e, em sequência, **obrigatoriamente**, de um processo.

Tem-se aqui o *jus perseguendi* do Estado, ou seja, a pretensão persecutória, a pretensão de investigar, colher as provas, julgar e, ao final, obter-se uma decisão judicial.

Sob essa ótica, o processo penal é o **meio pelo qual o Estado exerce o seu direito subjetivo de ação** e, ao final dele, obtém uma sentença penal condenatória que lhe dá legitimidade para executar a pena contra o infrator da ordem jurídica penal.

No entanto, há correntes doutrinárias mais recentes que veem o processo sob a **ótica do acusado** de infringir a lei penal. Afinal, é a ele que o Estado pretende impor a sanção penal. É sobre ele que recai a espada da Justiça. É seu direito fundamental de liberdade que o Estado pretende privar.

Com efeito, para essa corrente doutrinária, o processo penal deve ser visto como uma **garantia do réu**.

Afinal, o réu deve ser investigado e julgado de acordo com regras previamente estabelecidas, que lhe garantam, formal, material e eficazmente, o exercício do contraditório e da ampla defesa; que lhe garantam a presunção de inocência, o que implica ônus do Estado de provar sua culpa; que lhe garantam que a eventual pena que venha lhe ser aplicada seja a justa.

► **Atenção:**

O candidato que visa a Defensoria Pública deve dar enfoque à visão do processo penal como garantia do réu a um **devido processo legal**, da ampla defesa e do contraditório.

Colocadas essas premissas, há de se dizer que, apesar do caráter instrumental, o processo penal possui autonomia em relação ao direito material, porque tem princípios e regras próprias.

► **Atenção:**

Autonomia: o direito processual penal não é submisso ao direito material, já que ele tem princípios e regras próprias.

Instrumentalidade: o direito processual penal é o meio pelo qual o Estado vai fazer atuar o direito penal, aplicando através de uma sentença condenatória a sanção penal; ou instrumento a garantir o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo acusado.

2. AÇÃO. PROCESSO. PROCEDIMENTO

De nada vale ao candidato ao cargo de Juiz, Promotor de Justiça ou Procurador da República, Defensor Público, Delegado de Polícia etc., decorar os dispositivos legais, as mais variadas correntes doutrinárias e jurisprudenciais, os últimos informativos do STF e do STJ, se não tiver conhecimento de alguns preceitos básicos do Direito.

Assim, nesse ponto, fazem-se considerações e distinções acerca de três institutos básicos do direito processual.

Em primeiro lugar, tem-se como **ação o direito público subjetivo à tutela jurisdicional**, ou seja, é o direito de ter acesso à Justiça, que é monopólio do Estado, já que é vedada a justiça feita pelas próprias mãos.

Por sua vez, **o processo é o mecanismo pelo qual o Estado faz atuar a Jurisdição**. Por meio do processo, o exercício da Jurisdição se materializa a partir da formação de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais: partes e Juiz imparcial.

E, por fim, o **procedimento é o conjunto de atos previamente estabelecidos de forma concatenada** com o objetivo de se obter o provimento jurisdicional, manifestado pela sentença.

3. PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

A lide no processo penal consiste no conflito de interesses entre o Estado, que pretende fazer valer o *jus puniendi*, e o réu, o qual pretende preservar sua liberdade, que é um direito fundamental.

É por isso que vários dos princípios do processo penal encontram seu fundamento na Constituição Federal de 1988, o que reforça a tese de que a função do processo penal é estabelecer o sistema de garantias individuais do acusado de praticar uma infração penal.

Cabe lembrar que a concepção positivista de que a fonte única do Direito é a lei aprovada pelo Poder Legislativo, relegando aos princípios funções meramente interpretativa, integrativa e informadora, se encontra superada.

Assim, o pós-positivo confere aos princípios força normativa, tal como as regras jurídicas, como a lei.

Passa-se à análise dos princípios do processo penal. Destaque-se que o rol de princípios é meramente exemplificativo, havendo outros no ordenamento jurídico, com previsão expressa ou implícita nas normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais.

3.1. Devido processo legal

De acordo com o art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Tem-se, assim, o princípio do devido processo legal como uma garantia constitucional, que visa **impedir o arbítrio do Estado** na limitação de direitos dos cidadãos por meio de processos administrativos ou judiciais.

Assim, no caso do processo penal, não basta que exista um processo para se legitimar a imposição da pena ao acusado. É preciso que esse processo **tenha transcorrido conforme regras previamente estabelecidas pelo legislador**.

Contudo, o devido processo legal não exige apenas o respeito formal ao procedimento. Vai além ao se exigir, **no campo material, a efetiva possibilidade** do agente de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Por exemplo, imagina-se que o Ministério Público mova ação penal em face de Tício e Mévio. Em seu interrogatório, Tício confessa a prática do delito e ainda revela que Mévio seria seu comparsa.

De acordo com o Código de Processo Penal, no interrogatório, as perguntas são feitas pelo Juiz, pelo Ministério Público e pelo defensor do réu, no caso o de Tício. Não abre a possibilidade de o defensor do corréu delatado, no caso Mévio, fazer perguntas.

Dessa forma, se o juiz indeferir eventuais perguntas da defesa de Mévio, o devido processo legal estará **formalmente** observado.

No entanto, o STF entende que, **materialmente**, não se observou o devido processo legal, pois não houve oportunidade para Mévio contraditar, rebater as declarações de Tício por meio de perguntas a serem feitas pelo seu defensor. Assim, o interrogatório deste deve ser declarado nulo, pois não se observou o devido processo legal sob sua **vertente material**¹.

► **Atenção:**

No citado julgado, o Min. Celso de Mello faz uma completa explanação do postulado constitucional do devido processo legal, que, segundo o Ministro, “compõe o próprio **estatuto constitucional do direito de defesa**” e do qual se irradiam outros direitos e garantias processuais. Para aprofundamento, recomenda-se a leitura do Acórdão.

3.2. Contraditório e ampla defesa ou plenitude de defesa

As garantias do contraditório e da ampla defesa são previstas no art. 5º, LV, da Carta de 1988.

O postulado do contraditório garante ao réu tomar **conhecimento** acerca da ação penal que lhe é movida e, a partir disso, **contradizer** a acusação e **produzir provas** em paridade de **igualdade** perante um Juízo imparcial, de acordo com o procedimento previamente previsto em lei.

Por sua vez, o princípio da ampla defesa é um corolário do postulado do contraditório entre as partes. Significa o direito fundamental de **apresentar defesa** da imputação que lhe é feita, apresentando argumentos e requerendo provas.

No processo civil, em regra, o direito de defesa é um ônus processual, cujo não exercício implica revelia e, em consequência, os fatos alegados pela parte contrária são considerados como verídicos.

No processo penal, a defesa é um ato obrigatório. Tanto assim é verdade que, se o réu não apresentar defesa no prazo legal, o juiz nomeará um defensor dativo para fazê-lo (art. 408 do CPP).

Além disso, cabe destacar que a ampla defesa se desdobra em duas: a. **autodefesa** que é a exercida pelo próprio réu (interrogatório e direito de presença

¹ STF – HC nº 94.601/CE. Rel. Min. Celso de Mello.

em audiência); b. **defesa técnica** que é o direito de ser defendido por profissional habilitado (advogado ou Defensor Público).

No que se refere à **plenitude de defesa**, um dos postulados do **Tribunal do Júri** (art. 5º, XXXVIII, a, CF/88), a corrente majoritária da doutrina faz distinção em relação à ampla defesa.

Enquanto a ampla defesa está restrita aos argumentos técnico-jurídicos, a plenitude de defesa a autoriza o uso de argumentos técnicos e de outros de natureza sentimental, social e de política criminal para convencimento dos jurados, como a clemência².

3.3. Publicidade

A Constituição Federal de 1988 também garante a publicidade dos atos processuais e das decisões judiciais, excepcionada apenas em caso de defesa da intimidade e do interesse público (arts. 5º, LX e 93, IX).

A publicidade não é só uma garantia do acusado, mas uma forma de controle das decisões judiciais pelos próprios cidadãos.

Assim, divide-se em dois âmbitos: um interno, relativo à ciência dos atos processuais e outro, externo, relativo ao conhecimento geral.

Como dito, o sigilo dos atos processuais comporta exceções. Em primeiro lugar, na **defesa à intimidade**, como ocorre nas ações penais para se apurar crime contra a dignidade sexual. Em segundo lugar, quando o **interesse público** impuser o sigilo, como na colheita de provas por meio de interceptação telefônica.

3.4. Direito à prova

Um dos corolários do contraditório e da ampla defesa é o direito das partes de produzirem provas para demonstrar os fatos que alegam.

Tanto à acusação é garantido o direito de comprovar os fatos que sustenta na petição inicial (denúncia ou queixa-crime), quanto a defesa pode requerer a produção de provas que sustentem as teses que arguir.

Como se sabe, nenhum direito fundamental é absoluto. Dessa forma, o direito à prova também é limitado, não se admitindo, por exemplo, as **provas ilícitas**.

Durante o inquérito policial, o Ministério Público pode requisitar a produção de provas para a formação de seu convencimento, o que não pode ser recusado pela Autoridade Policial.

² Távora, Nestor; Rodrigues, Alencar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 60.

De outro lado, o investigado tem o direito de requerer as provas que entender necessário. Mas, o Delegado de Polícia pode recusar a produção da prova se entender inconveniente, cabendo recurso à autoridade superior, que pode ser o Delegado-Geral ou o Secretário de Segurança pública, nos termos da Lei de Organização da Polícia Judiciária.

Em Juízo, o juiz é o presidente da instrução e pode ele indeferir provas requeridas pelas partes, se entender ilícitas ou mesmo impertinentes.

3.5. Estado ou presunção de inocência

O art. 5º, LVII, da Carta Política de 1988, estabelece que ninguém **será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória**.

Trata-se do princípio do estado ou presunção de inocência, fundamental em um Estado Democrático de Direito, porquanto representa verdadeira **limitação ao poder estatal**.

Esse princípio, de um lado, impede que a pessoa seja sancionada antes da sentença penal condenatória tenha transitado em julgado e, de outro, estabelece que o réu não tem de provar sua inocência, mas incumbe ao Estado provar sua culpa.

Assim, a privação de liberdade antes da condenação ganhar *status* de coisa julgada só é possível em **caráter cautelar** (prisões provisórias) e só é lícita se demonstrada a **necessidade** para a preservação da ordem pública, da higidez da instrução processual e para assegurar a aplicação da sanção penal.

No julgamento do HC nº 126.292/SP, o STF mudou o seu posicionamento e, por maioria de votos, passou a entender que pode haver início de cumprimento de pena, se já houve o julgamento pelos Tribunais de Segunda Instância (TJs e TRFs), ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário ao STJ e/ou STF.

A maioria da Corte, seguiu o voto do Relator Min. Teori Zavascki no sentido de que, como, em recurso especial e recurso extraordinário, não há discussão de fatos e provas, mas apenas de direito, o início da execução da pena antes do trânsito em julgado, neste caso específico, não viola o princípio da presunção de inocência.

Em sentido contrário, a minoria manteve o entendimento de que a execução da pena exige o trânsito em julgado da condenação, o que só se obtém com a impossibilidade de recursos. Assim, pendente julgamento de recursos especial ou extraordinário, não há trânsito em julgado e a pena não pode ser executada.

3.6. Verdade real

No processo penal, busca-se a reconstrução da maneira com que os fatos se deram. Não se admite, como no processo civil, a verdade ficta.

É, por isso, que a revelia no processo penal não gera presunção de veracidade dos fatos descritos na denúncia e que a confissão do réu não implica sua condenação necessariamente, devendo ser confrontada com as demais provas trazidas aos Autos.

Da mesma forma, na busca dessa verdade real, o juiz possui poderes instrutórios, podendo determinar a realização de provas, como ouvir testemunhas não arroladas pelas partes, mas desde que se mantenha imparcial.

3.7. Favor rei ou in dubio pro reo

Como explicado no item anterior, no processo penal, busca-se a reconstrução da verdade real, ou seja, a reprodução dos fatos como ocorrerão.

Ao final da instrução, pode-se concluir que os fatos ocorreram conforme descrito na denúncia, impondo-se a devida condenação ao réu. De outro lado, pode-se concluir que a verdade dos fatos não é aquela descrita na denúncia, absolvendo-se dessa forma o acusado.

Mas, e se, ao final da instrução, o juiz não formar convicção segura quanto à verdade dos fatos, ficar em dúvida?

Nesse caso, impõe-se a absolvição do réu, consoante art. 386, VII, do CPP.

Isso porque a liberdade de locomoção é uma garantia fundamental, que só pode ser restringida em caso de absoluta certeza de que o réu praticou um fato criminoso.

De acordo com a doutrina tradicional, em alguns momentos do procedimento, como no recebimento da denúncia ou na decisão de pronúncia no Júri, vige o princípio *in dubio pro societate*. Com efeito, mesmo em dúvida, o juiz deve receber a denúncia ou pronunciar o réu.

No entanto, há entendimento no sentido de que, mesmo nessas fases, deve ser observado o princípio *in dubio pro reo*, já que o próprio processo penal representa limitação ao poder Estatal em favorecimento de direitos e garantias fundamentais do réu.

Dessa forma, nesses momentos, ao se exigir apenas indícios de autoria, não implica que se dispense um mínimo de prova em desfavor do acusado. A ação penal exige justa causa, isto é, um mínimo de prova a indicar a viabilidade da acusação.

3.8. Oralidade: identidade física do juiz, imediação e concentração

Desde a Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais criminais, o princípio da oralidade vem ganhando espaço no ordenamento processual penal brasileiro, o que se acentuou com as reformas do CPP em 2006.

De acordo com esse princípio, deve-se dar prioridade à transmissão do pensamento por meio da oralidade, que seria reprodução mais fiel da realidade. Isso não significa que seja abolida qualquer forma de documentação dos atos processuais, imprescindíveis, por exemplo, na fase de recurso.

Do princípio da oralidade, decorrem outros três: identidade física do juiz, imediação e concentração.

Ora, não há como negar que o juiz mais apto para a prolação da sentença é aquele que presidiu a instrução. Afinal, é ele que poderá melhor analisar a personalidade do réu, a sinceridade das testemunhas. Enfim, é ele que terá melhores condições de se aproximar da verdade real, proclamada pela Justiça Penal.

Não é, por outro motivo, que hoje se dá prevalência à audiência concentrada, ou seja, na mesma audiência, se colhem as provas, acusação e defesa fazem o debate e o juiz prolata a decisão (princípio da concentração).

Claro que, excepcionalmente, essa audiência pode ser desmembrada, como ocorre no caso de se ouvir uma testemunha por meio de carta precatória.

Além disso, a oralidade implica imediação por parte do Juiz. É ele colocado em contato direto com a produção das provas em audiência e, a partir desse contato, formar sua convicção.

E, por fim, tem-se a identidade física do juiz, segundo o qual o juiz que encerra a instrução processual, em regra, deve ser aquele que prolatará a decisão judicial.

► **Atenção:**

O princípio da oralidade e seus corolários fundamentam-se no sentido de que “as impressões recebidas conservam sua mais genuína e fresca vivacidade, permitindo, portanto, um julgamento mais justo.”³

3.9. Obrigatoriedade e oficialidade

Pelo princípio da obrigatoriedade, uma vez ocorrida a infração penal, a Autoridade Policial, em um primeiro momento, é obrigada a instaurar o inquérito policial e, em um segundo momento, o membro do Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia e, assim, iniciar a ação penal.

Além disso, proposta a ação penal, o Ministério Público não pode desistir de seu prosseguimento, devendo buscar a prolação de uma sentença penal, ainda que, em suas alegações finais, tenha que requerer a improcedência da ação com absolvição do réu.

³ Demercian, Pedro Henrique; Maluly, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Forense, p. 16.

Há de se destacar que o princípio da obrigatoriedade não impõe ao Promotor de Justiça ou Procurador da República de, encerrado o inquérito policial, oferecer denúncia.

Ao contrário, como será visto, se entender que não há prova da materialidade delitiva e/ou indícios de autoria deve arquivar o inquérito policial. No entanto, uma vez formando convicção acerca da materialidade delitiva e de indícios de autoria, deve oferecer denúncia.

A Lei nº 9.099/95 mitigou o princípio da obrigatoriedade.

Em primeiro lugar, em se tratando de infração de menor potencial ofensivo, a transação penal impede sequer o oferecimento da denúncia (arts. 76 e 77 da Lei nº 9.099/95).

Em segundo lugar, no caso de suspensão condicional do processo, a denúncia é oferecida, mas o trâmite do processo é suspenso pelo prazo de dois a quatro anos (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

4. FONTES E INTEGRAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

Fonte é a origem do direito, da norma jurídica.

Todo e qualquer ramo do direito deve ser interpretado a partir da Constituição Federal de 1988.

E, no direito processual penal, isso não é diferente, pois várias garantias dos réus emanam do próprio Texto Maior, como a do devido processo legal, a do contraditório, a da ampla e a da plenitude de defesa, a do juiz natural, a que veda as provas ilícitas etc.

Ademais, os Tratados Internacionais, também, são fontes do direito processual penal, notadamente, aqueles que trazem novas garantias ao réu.

De se destacar que, de acordo com posição majoritária no STF, os Tratados Internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico antes da EC nº 45/04 têm status de norma supralegal, enquanto os posteriores à Reforma do Judiciário têm natureza de Emenda Constitucional, se aprovados com *quorum* qualificado.

Além disso, a lei também é fonte de direito processual penal. É da Carta de 1988 que se extrai que a competência para legislar sobre direito processual penal é de exclusividade da União, sendo vedada a edição de medida provisória sobre o tema (arts. 22, I, e 62, § 1º, I, b, CF/88).

Por fim, existem outras fontes do direito processual penal, como a jurisprudência (principalmente, Súmulas Vinculantes do STF) e a doutrina.

No que se refere à integração da norma processual penal, decorrente de eventual lacuna na lei, se aplica, pelo menos a princípio, as regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, podendo o operador do direito da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Merece destaque a aplicação da analogia. Como se sabe, no Direito Penal a analogia encontra reduzido espaço de incidência, em face do princípio da reserva legal.

No processo penal, a analogia pode ser aplicada com maior abrangência. Porém, o intérprete não pode dela se valer em caso de limitação do direito de liberdade (prisões provisórias) e de direitos e garantias constitucionais.

Com o início da vigência do NCPC, passou-se a questionar se ele teria diálogo estreito com o processo penal. **E a resposta é positiva.**

Começamos com um problema: o art. 15 do NCPC estabelece: “Na ausência de normas que regulem **processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos**, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Não se faz menção expressa ao processo criminal.

Isso, contudo, não impede que o NCPC seja aplicado subsidiária e supletiva ao processo penal.

Em primeiro lugar, a menção expressa ao processo criminal constava do texto original do NCPC entregue pela Comissão de Juristas ao Presidente do Senado. E desapareceu no decorrer da tramitação.

Mas, o mais importante: é tradicional no Direito brasileiro que haja diálogo de fontes entre o processo civil e o processo penal, dada a óbvia semelhança que existe entre as normas desses ramos jurídicos.

Nota-se que o art. 3º do CPP permite o emprego da interpretação extensiva e da analogia na aplicação de suas regras. Assim, o CPC/1973 sempre foi fonte de integração e interpretação da norma processual penal e o mesmo vale ao contrário, embora em menor escala.

E o NCPC segue na mesma linha de modo que é fonte de **interpretação** (aplicação subsidiária) e **integração** (aplicação supletiva) da norma processual penal.

A mais importante influência que o NCPC possa exercer no processo penal é como fonte interpretativa da norma.

Isso porque o NCPC tem como norte dar **efetividade aos princípios processuais constitucionais**, principalmente no que tange à garantia do acesso à Justiça não como norma meramente formal, mas com o objetivo de satisfação daquele que busca a tutela jurisdicional.

Com efeito, princípios processuais penais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência, e outros, não podem ser vistos como meras boas intenções do constituinte e, sim, como normas substanciais a serem observadas **efetivamente** pelo legislador processual penal e operador do direito.

Já a aplicação supletiva só vai ocorrer em caso de determinação **expressa da norma processual penal e lacuna da norma processual penal** e a norma processual civil análoga seja compatível com o sistema acusatório.