



Direito Processual Penal

Leonardo Barreto Moreira Alves



3ª edição
revista, ampliada e atualizada

2017

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

Princípios do Processo Penal

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS PRINCÍPIOS

No Processo Penal, há 2 (dois) tipos de princípios: os *princípios constitucionais* e os *princípios do processo penal propriamente ditos*. Por seu turno, os *princípios constitucionais* subdividem-se em princípios constitucionais explícitos (aqueles expressos na Constituição Federal) e em princípios constitucionais implícitos (aqueles extraídos a partir dos princípios, ideias e valores consagrados na Constituição Federal).

De outro lado, os princípios do processo penal propriamente ditos são aqueles inerentes ao próprio estudo da disciplina.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

2.1. Princípios constitucionais explícitos do processo penal

2.1.1. Princípio da presunção da inocência ou do estado de inocência ou da situação jurídica de inocência ou da não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF)

Expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LVII, é princípio por meio do qual se entende que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em outros termos, no Processo Penal, todo acusado é presumido inocente até a eventual sentença condenatória transitar em julgado.

2.1.2. Princípio da igualdade processual ou da paridade das armas – *par conditio* (art. 5º, *caput*, CF)

Trata-se de princípio que decorre do mandamento de que todos são iguais perante a lei, encontrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, devidamente adaptado ao Processo Penal. Desse modo, por força do princípio em comento, as partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões e ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades.

2.1.3. Princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, CF)

Por força desse princípio, encontrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, entende-se que o réu tem direito a um amplo arsenal de instrumentos de defesa como forma de compensar sua enorme hipossuficiência e fragilidade em relação ao Estado, que atua no Processo Penal por meio de diversos órgãos (Polícia Judiciária, Ministério Público e Juiz), de forma especializada e com acesso a dados restritos.

Este princípio divide-se em **autodefesa** e **defesa técnica**.

A **autodefesa** é a defesa promovida pessoalmente pelo próprio réu, sem assistência de procurador, geralmente durante o seu interrogatório judicial, sendo ela **disponível**, afinal de contas o acusado pode se calar ou até mesmo mentir, em conformidade com outro princípio constitucional expresso, o **direito ao silêncio** (art. 5º, inciso LXIII, CF).

A **autodefesa** distingue-se ainda em **direito de audiência** (direito de o réu ser ouvido no processo, o que ocorre geralmente durante o interrogatório judicial) e **direito de presença** (direito de o réu estar presente aos atos processuais, geralmente audiências, seja de forma direta, seja de forma indireta, o que ocorre por meio da videoconferência).

Já a **defesa técnica** é aquela defesa promovida por um defensor técnico, bacharel em Direito, sendo ela **indisponível**, pois, em regra, o réu não pode se defender sozinho (art. 263, *caput*, do CPP) – apenas se ele for advogado é que poderá promover a sua própria defesa. A esse respeito, vale a pena destacar que, em havendo ausência do defensor técnico no processo (por falecimento, negligência ou qualquer outro motivo), o magistrado, antes de nomear novo defensor, sempre deverá intimar o acusado para que, no prazo por ele determinado, possa constituir novo defensor.

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	Autodefesa (disponível)
	Defesa técnica (indisponível)

► Como o assunto foi tratado pela FGV?

A prova da OAB/2010.2 cobrou a aplicação do princípio da ampla defesa na prática processual penal da seguinte forma:

Ao final da audiência de instrução e julgamento, o advogado do réu requer a oitiva de testemunha inicialmente não arrolada na resposta escrita, mas referida por outra testemunha ouvida na audiência. O juiz indefere a diligência alegando que o número máximo de testemunhas já havia sido atingido e que, além disso, a diligência era claramente protelatória, já que a prescrição estava em vias de se consumar se não fosse logo prolatada a sentença. A sentença é proferida em audiência, condenando-se o réu à pena de 6 anos em regime inicial semiaberto. Com base exclusivamente nos fatos acima narrados, assinale a alternativa que apresente o que alegaria na apelação o advogado do réu, como pressuposto da análise do mérito recursal.

- a) A redução da pena ou a fixação de um regime de cumprimento de pena mais vantajoso.
- b) A anulação da sentença para que outra seja proferida em razão da violação do princípio da ampla defesa.
- c) A reinquirição de todas as testemunhas em sede de apelação.
- d) A anulação da sentença para que outra seja proferida em razão da violação do princípio da ampla defesa, com a correspondente suspensão do prazo da prescrição de modo que o órgão *ad quem* se sinta confortável para anular a sentença sem gerar impunidade no caso concreto.

Gabarito: B

2.1.4. Princípio da plenitude da defesa (art. 5º, XXXVIII, alínea “a”, CF)

Previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal, é princípio aplicado especificamente para o Tribunal do Júri. Trata-se de um *plus*, um reforço à ampla defesa, que é atribuída apenas para os acusados em geral, permitindo-se que o réu, no Tribunal do Júri, se utilize de todos os meios lícitos de defesa, ainda que não previstos expressamente pelo ordenamento jurídico. Aliás, frise-se que o princípio em tela decorre justamente do fato de que, no Tribunal do Júri, prevalece a íntima convicção do jurado, o qual não necessita fundamentar sua decisão.

2.1.5. Princípio da prevalência do interesse do réu ou favor rei, favor libertatis, in dubio pro reo, favor inocente (art. 5º, LVII, CF)

Havendo dúvida entre admitir-se o direito de punir do Estado ou reconhecer-se o direito de liberdade do réu, deve-se privilegiar a situação deste último, por ser ele a parte hipossuficiente da relação jurídica estabelecida no Processo Penal. É princípio que decorre ontologicamente do princípio da presunção de inocência, daí porque é possível afirmar que ele também se encontra previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Ademais, há clara aplicação deste princípio no art. 386 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, segundo o qual será possível a absolvição do réu nas hipóteses de existência de excludentes de ilicitude ou culpabilidade, **mesmo se apenas houver fundada dúvida sobre sua existência** - não se exige mais certeza sobre sua existência (inciso VI), bem como se não houver prova suficiente para a sua condenação (inciso VII).

Entretanto, **esse princípio não tem aplicação nas fases de oferecimento da denúncia e na prolação da decisão de pronúncia do Tribunal do Júri**, nas quais prevalece o princípio do *in dubio pro societate*.

2.1.6. Princípio do contraditório ou da bilateralidade da audiência (art. 5º, LV, CF)

Por força do princípio do contraditório, estampado no art. 5º, LV, da Carta Magna Federal, ambas as partes (e não apenas o réu) têm o direito de se manifestar sobre qualquer fato alegado ou prova produzida pela parte contrária, visando a manutenção do equilíbrio entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu e o consequente estado de inocência, objetivo de todo Processo Penal Justo.

Para que o contraditório possa se perfectibilizar no Processo Penal, é preciso necessariamente que sejam atendidos 3 (três) direitos das partes, são eles:

1. Direito de ser intimado sobre os fatos e provas.
2. Direito de se manifestar sobre os fatos e provas.
3. Direito de interferir efetivamente no pronunciamento do juiz.

2.1.7. Princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF)

Em virtude deste princípio, consagrado no art. 5º, inciso LIII, do Texto Constitucional, entende-se que, no Processo Penal, o julgador a atuar em um determinado feito deve ser aquele previamente escolhido por lei ou pela Constituição Federal. **Veda-se com isso o Tribunal ou Juiz de Exceção**, que seria aquele escolhido após a ocorrência de um crime e para determinado caso concreto. Este princípio tem como principal finalidade garantir a participação no processo de um **juiz imparcial**.

2.1.8. Princípio da publicidade (art. 5º, LX e XXXIII, e art. 93, IX, CF)

É o princípio segundo o qual os atos processuais devem ser praticados publicamente, sem qualquer controle, permitindo-se o amplo acesso ao público, bem

como os autos do processo penal estão disponíveis a todos. Trata-se de forma de fomentar o controle social dos atos processuais.

Esse princípio, porém, comporta **exceções**: nos termos do art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais **quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem**. Porém, jamais o ato processual será praticado sem a presença do Ministério Público, assistente de acusação, se houver, e do defensor (embora seja possível excluir a pessoa do réu, como na hipótese prevista no art. 217 do CPP, em que o juiz poderá até determinar a retirada do réu da sala de audiência se perceber que a sua presença causa humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento).

2.1.9. Princípio da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF)

Nos termos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O Código de Processo Penal, com o advento da Lei nº 11.690/08, passou a disciplinar com pormenores a matéria. Assim, inicialmente, repetiu o mandamento constitucional no art. 157, *caput*, estatuinto que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas. Complementando esta ideia, o art. 157, § 3º, CPP, determina que preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. Registre-se, porém, que se a prova permanecer nos autos, mas ela não for utilizada pelo magistrado, de nenhuma forma, para a prolação da sentença, não haverá qualquer nulidade nesta decisão. Não obstante, caso o juiz venha a se utilizar de uma prova ilícita para proferir a sentença, esta será nula (nulidade absoluta).

Em seguida, no mesmo dispositivo legal (art. 157, *caput*), o CPP define o que se entende por provas ilícitas: são aquelas que violam tanto **normas constitucionais** como **legais**.

Na sequência, o CPP, no art. 157, § 1º, consagrou expressamente também a impossibilidade de utilização das **provas ilícitas por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada ou do efeito à distância – *fruits of the poisonous tree***, construção da Suprema Corte americana e que já vinha sendo aceita, no Brasil, pelo STF), que são aquelas provas que decorrem de uma prova ilícita originária, sendo que tal ilicitude somente restará caracterizada se houver demonstração do **nexo causal** entre as provas ou quando as derivadas não puderem ser obtidas por uma **fonte independente** das primeiras. A esse respeito, considera-se **fonte independente** aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (art. 157, § 2º, do CPP).

Ressalte-se, por fim, que a jurisprudência brasileira começa a reconhecer a **teoria da proporcionalidade** (ou **teoria da razoabilidade** ou **teoria do interesse predominante**) na apreciação da prova ilícita, admitindo excepcionalmente a utilização desta última em benefício dos direitos do réu inocente que produziu tal prova para a sua absolvição.

2.1.10. Princípios da economia processual, celeridade processual e duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF)

Segundo estes princípios, evidenciados no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04, e encontrado também no art. 62 da Lei nº 9.099/95, incumbe ao Estado dar a resposta jurisdicional no menor tempo e custo possíveis.

2.1.11. Princípio constitucional geral do devido processo penal – devido processo legal ou *due process of law* (art. 5º, LIV, CF)

O princípio do devido processo legal vem insculpido no art. 5º, LIV, da Carta Magna Federal, segundo o qual “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Trata-se de princípio que fundamenta a visão garantista do processo penal, entendido como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do réu em face da força inexorável do Estado. Divide-se em dois aspectos:

1. **Aspecto material ou substancial:** liga-se ao Direito Penal, fazendo valer os princípios penais, a exemplo da máxima de que ninguém deve ser processado senão por crime previsto e definido em lei. Coincide com o **princípio da razoabilidade**.
2. **Aspecto processual ou procedimental:** liga-se “ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como o de o órgão acusatório, representando a sociedade, convencer o magistrado, pelos meios legais, da validade da sua pretensão punitiva” (NUCCI, 2008, p. 96).

2.2. Princípios constitucionais implícitos do processo penal

2.2.1. Princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo ou da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)

Trata-se de princípio constitucional implícito que decorre dos seguintes princípios constitucionais expressos: presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF);

ampla defesa (art. 5º, LV, CF); direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF). Não obstante, é princípio que se encontra expressamente previsto no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e que tem *status* suprallegal, conforme entendimento do STF.

Considera-se que o Estado é infinitamente superior ao réu no processo penal, não necessitando, portanto, de sua ajuda na atividade persecutória, sob pena de se decretar a falência de seus órgãos.

Por força deste princípio é que a doutrina e a jurisprudência do STF e do STJ majoritárias vêm considerando que o acusado não está obrigado a participar de atividades probatórias que impliquem em **intervenções corporais**, como realização de exames de DNA, grafotécnico ou de bafômetro, este último frequentemente utilizado para a constatação do crime de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

2.2.2. Princípio da iniciativa das partes ou da ação ou da demanda (*ne procedat iudex ex officio*) e princípio consequencial da correlação entre acusação e sentença

Trata-se de princípio extraído do sistema acusatório, que vige no Brasil e pode ser depurado dos artigos 129, inciso I, e 5º, inciso, LIX, da Constituição Federal, os quais garantem, respectivamente, a titularidade da ação penal pública por parte do Ministério Público e a possibilidade de oferecimento da ação penal privada subsidiária da pública, se a ação penal pública não for intentada pelo *Parquet* no prazo legal.

Nesses termos, entende-se que o princípio veda que o juiz deflagre a ação penal de ofício, exigindo-se para tanto a iniciativa do titular da ação. Por força do princípio em comento é que não se admite mais o **processo judicialiforme**, que consistia na possibilidade de início da ação penal das contravenções penais por meio do auto de prisão em flagrante delito ou por portaria expedida pelo delegado ou pelo magistrado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público. A esse respeito, frise-se que o art. 531 do CPP, que contemplava essa possibilidade, foi alterado pela Lei nº 11.719/08, que a extirpou desse dispositivo legal. Sendo assim, deve-se considerar que houve a revogação tácita do art. 26 do CPP, que tinha conteúdo idêntico àquele dispositivo legal alterado.

Consequência direta deste princípio é o surgimento de outro princípio, o da **correlação (ou congruência ou relatividade ou reflexão) entre a acusação e a sentença**, o qual implica na exigência de que o fato imputado ao réu, na peça inicial acusatória, guarde “perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz, na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do

contraditório e da ampla defesa, consequentemente, ao devido processo legal” (NUCCI, 2008, p. 661).

Em outros termos, o magistrado está adstrito aos exatos termos do que fora narrado na peça inicial da ação penal, não podendo decidir fora, além ou aquém dos seus limites, sob pena de decisões, respectivamente, *extra*, *ultra* ou *infra petita* (*Ne eat iudex ultra petita partium*), as quais estão eivadas de nulidade absoluta.

Em havendo, pois, necessidade de ampliação da tese acusatória, faz-se imprescindível o aditamento à denúncia ou queixa, nos termos do art. 384 do CPP (*mutatio libelli*).

Contudo, o princípio da iniciativa das partes comporta **exceções**, situações nas quais o magistrado pode conceder provimentos jurisdicionais de ofício. São elas:

1. **Decisões referentes ao estado de liberdade do indivíduo**, tais como a expedição de ordem de *habeas corpus* (art. 654, § 2º, do CPP), o relaxamento de prisão em flagrante (art. 5º, inciso LXV, CF), a revogação da prisão preventiva (art. 316 do CPP) e a concessão da liberdade provisória (art. 5º, inciso LXVI, CF). Contudo, a prisão temporária é modalidade de prisão cautelar que não pode ser decretada de ofício pelo juiz, dependendo sempre de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público (art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/89).
2. **Procedimento da execução penal** (art. 195 da Lei de Execução Penal).

2.2.3. Princípio do duplo grau de jurisdição

É princípio que inicialmente decorre da própria estrutura do Poder Judiciário traçada pela Constituição Federal, consistente na divisão do mesmo em instâncias diversas, começando pelos magistrados singulares, passando pelos respectivos tribunais a que eles estão vinculados, pelo STJ e finalmente chegando ao órgão de cúpula, o STF.

Decorre também da natural irresignação da parte com uma decisão que considera injusta, da necessidade de controle de todo e qualquer ato estatal, característica marcante do Estado Democrático de Direito, e do fato de que, ao menos em tese, o juiz de primeiro grau ficaria psicologicamente mais pressionado a acertar na decisão, para evitar revisão por parte do Tribunal, enquanto que este, por sua vez, é constituído por magistrados mais experientes, que melhor poderiam julgar a causa.

Decorre ainda do princípio constitucional expresso da ampla defesa. Ademais, é princípio que vem consagrado expressamente no Pacto de São José da Costa Rica no seu art. 8º, item 2, alínea “h”.

Em razão de tudo isso, portanto, é que se estabelece o princípio em apreciação, que garante à parte o direito de reexame da causa por instância superior.

2.2.4. Princípio do juiz imparcial

É princípio que decorre do princípio constitucional expresso do juiz natural, com a finalidade de complementá-lo, afinal de contas o magistrado pode até estar previamente investido na jurisdição, mas mesmo assim não ser imparcial na sua atuação, motivo pelo qual o CPP prevê hipóteses de impedimento (arts. 252 e 253) e suspeição (art. 254) do julgador.

Desse modo, para que um juiz efetivamente atue no processo penal, além de estar investido na função jurisdicional do Estado, não deve ter “vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 46).

Ademais, frise-se que este princípio está consagrado expressamente no art. 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica (aprovado pelo Decreto nº 678/92).

2.2.5. Princípio do promotor natural e imparcial ou promotor legal

Trata-se de princípio constitucional implícito que decorre dos seguintes princípios constitucionais expressos:

- 1. Princípio da inamovibilidade funcional dos membros do Ministério Público** (art. 128, § 5º, I, “b”, CF).
- 2. Princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público** (art. 127, § 1º, CF).
- 3. Princípio do juiz natural** (art. 5º, LIII, CF) – por analogia.

Por força deste princípio, entende-se que o agente delitivo deve ser acusado por órgão imparcial do Estado, previamente designado por lei, vedada a indicação de acusador para atuar em casos específicos.

Em respeito a este princípio, o Procurador-Geral de Justiça apenas pode designar Promotores de Justiça para determinados casos concretos se houver prévia e expressa previsão em lei nesse sentido. Tais hipóteses de designação atualmente estão estipuladas no art. 10, inciso IX, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados).

2.2.6. Princípio da vedação da dupla punição e do duplo processo pelo mesmo fato (*ne bis in idem*)

Trata-se de princípio que decorre dos princípios da legalidade penal (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Ademais, é consagrado expressamente no art. 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica.

Este princípio impede que a pessoa seja processada e condenada duas vezes pelo mesmo fato. Implica ainda na proibição de o agente ser processado novamente pelo mesmo fato quando já foi absolvido com sentença transitada em julgado.

3. PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL PROPRIAMENTE DITOS

3.1. Princípio da busca da verdade real ou material

No processo civil, tendo em vista que, em regra, estão em jogo direitos meramente patrimoniais (disponíveis), é suficiente a verdade formal, a verdade dos autos, daí porque é possível a aplicação da presunção da veracidade dos fatos e o julgamento antecipado da lide em ocorrendo a revelia do réu. Por força disso, os poderes instrutórios do juiz, nesta seara jurídica, são bastante reduzidos, embora recentemente essa característica esteja sendo bastante mitigada com a edição de leis que, cada vez mais, garantem tais poderes ao magistrado.

Já no processo penal, em que prevalecem direitos indisponíveis, notadamente a liberdade, há a necessidade de busca da verdade real ou material dos fatos, a verdade do mundo real, a verdade objetiva, daí porque o juiz passa a ter maior iniciativa probatória, como se vê do teor do art. 156, incisos I e II, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, que permite ao magistrado ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas, urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (inciso I), assim como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (inciso II).

3.2. Princípio da oralidade e princípios consequenciais da concentração, da imediatidade e da identidade física do juiz

Quanto ao princípio da **oralidade**, há de se registrar que, em algumas etapas do processo, a palavra oral deve prevalecer sobre a palavra escrita, como forma de promover os princípios da concentração, da imediatidade e da identidade física do juiz.

Com a Lei nº 11.719/08, o princípio da oralidade ganhou destaque, a uma porque toda a instrução probatória é produzida em uma só audiência de instrução e julgamento (artigos 400, § 1º, e 411, §2º, do CPP), na qual as alegações finais são, em regra, orais (artigos 403 e 411, §4º, do CPP), podendo a sentença também ser prolatada oralmente (artigos 403 e 411, § 9º, do CPP), a duas porque o art. 405, §§1º e 2º, do CPP permite que os atos processuais praticados ao longo da audiência de instrução e julgamento sejam registrados apenas por meio audiovisual, sem necessidade de transcrição, somente encaminhando-se às partes cópia do registro original.