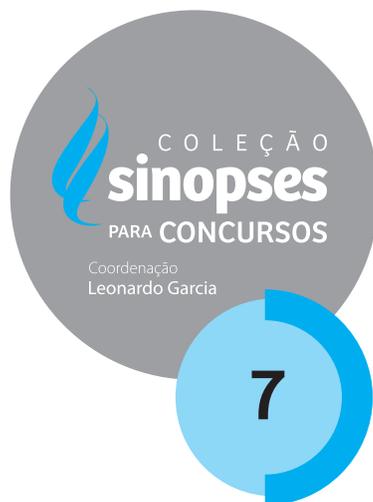


**Leonardo Barreto  
Moreira Alves**



# PROCESSO PENAL

**PARTE GERAL**



2023

# Inquérito policial

## 1. INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, no qual vige o princípio da presunção da inocência e o processo é tido sob uma visão garantista, somente sendo possível a aplicação da pena se há elementos de prova para tanto, surge o inquérito policial como a principal forma de investigação estatal, tendo como função primordial sustentar e viabilizar o oferecimento da ação penal, garantindo assim a sua **justa causa**, no sentido de exigência de um suporte probatório mínimo (indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito).

Nesse contexto, lembre-se que a *persecutio criminis* possui dois momentos distintos, nos dizeres de José Frederico Marques: o da investigação e o da ação penal. No segundo (o da ação penal), há o julgamento da pretensão punitiva, mediante o contraditório e a ampla defesa – é a fase processual. No primeiro (o da investigação), há atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo, com nítido caráter inquisitivo (MARQUES, 2003, p. 138).

## 2. CONCEITO

Conceito bastante completo de inquérito policial é apresentado por Guilherme de Souza Nucci, que merece ser transcrito em seu inteiro teor e com destaque:

*É um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheitas de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada. (NUCCI, 2008, p. 143).*

Da análise desse conceito é possível destacar alguns pontos que, de antemão, se apresentam relevantes para o estudo do inquérito policial, quais sejam:

- O inquérito policial é “*um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo*” (NUCCI, 2008, p. 143): inquérito policial não é processo. Por conta disso, não há que se falar, em regra, na existência de contraditório nesta etapa, vigendo, pois, um sistema inquisitivo, não existindo participação do agente do delito na produção das provas.

Em virtude desse caráter inquisitivo do inquérito, as provas produzidas na fase de investigação, em regra, somente se prestam para fundamentar o oferecimento da ação penal, não se valendo para embasar uma futura sentença condenatória ao fim da ação penal instaurada. Caso se deseje que estas provas sirvam para os fins de um decreto condenatório, exige-se a repetição delas ao longo da instrução processual em juízo, sob o crivo do contraditório. Tudo isso pode ser constatado com a simples leitura do art. 155, *caput*, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08.

Excepcionalmente, porém, é possível a utilização de provas produzidas no inquérito policial para a formação da convicção do magistrado, se tais provas forem **cautelares, não repetíveis e antecipadas**, com base no mesmo dispositivo legal anteriormente indicado.

Embora aparentemente as expressões sejam idênticas, há diferença entre provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. As **provas cautelares** são aquelas que, em razão da necessidade e urgência, devem ser praticadas, sob pena de que os elementos venham a ser perdidos. São exemplos a busca e apreensão domiciliar e a interceptação telefônica. Já as **provas não repetíveis** são aquelas que não podem ser reproduzidas durante a fase processual, por pura impossibilidade material. É o exemplo do exame de corpo de delito em um crime que deixa vestígios. Elas são produzidas de forma inquisitiva, mas serão submetidas a um **contraditório diferido ou postergado**, exercido ao longo da ação penal, quando as partes poderão impugná-las ou mesmo requerer a produção de contraprova, se possível for. As **provas antecipadas**, por sua vez, são aquelas produzidas em incidente pré-processual que tramita perante um magistrado, havendo a efetiva participação das futuras partes, motivo pelo qual são respeitados o contraditório e a ampla defesa, o que legitimará a utilização de tais provas na fase processual (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 329-330).

Noutro giro, ressalte-se que, também em decorrência de o inquérito policial não ser um processo, mas sim um procedimento administrativo, ele **não está submetido ao regime das nulidades**, como será visto detidamente ao longo deste capítulo.

► **Aplicação em concurso público:**

No concurso de Delegado da Polícia Civil do Estado de São Paulo, promovido pela Vunesp, em 2014, foi questionado o valor da prova no âmbito do inquérito policial, com a seguinte redação: “No processo penal, a prova produzida durante o inquérito policial: a) – pode ser utilizada por qualquer das partes, bem como pelo juiz. b) – tem o mesmo valor que a prova produzida judicialmente. c) – pode ser utilizada somente pelo juiz. d) – não tem valor legal. e) – deverá ser sempre ratificada judicialmente para ter valor legal.” A resposta correta foi a letra A.

- O inquérito policial é “conduzido pela polícia judiciária” (NUCCI, 2008, p. 143): esse aspecto será mais bem explorado em tópico futuro. Entretanto, desde já, ressalte-se que, não sendo o inquérito um processo, não deve

ser ele conduzido pelo juiz e sim pela polícia (judiciária), o que vai ao encontro de uma das características mais marcantes do sistema acusatório, que é a imparcialidade do julgador, somente obtida se este último não se envolver em atividades de produção de provas. Em razão disso, entende-se que a atuação moderna do magistrado na fase de inquérito é de simplesmente resguardar os direitos fundamentais dos envolvidos. Nesse contexto, registre-se que há certas diligências que apenas podem ser praticadas se houver autorização judicial para tanto, pois elas mitigam direitos fundamentais do investigado, a exemplo da interceptação telefônica (mitiga a privacidade e a intimidade do sujeito) e da busca e apreensão domiciliar (mitiga a inviolabilidade do domicílio) – a essas matérias dá-se o nome de **cláusulas de reserva de jurisdição**.

É nesse cenário que se insere a criação no CPP, em seus artigos 3º-B a 3º-F, do juiz das garantias a partir da Lei nº 13.964/2019, entendido como um magistrado que atuará exclusivamente na fase de investigação criminal (existindo outro magistrado que atuará somente na fase da ação penal) com o objetivo não de produzir provas (gestor das provas), mas sim de tutelar os direitos fundamentais do indivíduo, o que reforça a noção ora exposta. O tema será explicitado com riqueza de detalhes em tópico vindouro deste capítulo.

Não obstante não seja recomendável a atuação do juiz na fase do inquérito participando ativamente da atividade de produção de provas, certo é que a Lei nº 11.690/08, alterando o art. 156, inciso I, do CPP, permitiu que o juiz determinasse, de ofício, mesmo antes do início da ação penal (ou seja, no momento das investigações), a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. A intenção do legislador foi privilegiar o princípio da busca da verdade real, tendo o magistrado o papel de preservar as provas daquela natureza, sem que isso implique em violação da sua imparcialidade e do próprio sistema acusatório, embora haja respeitáveis posições em sentido contrário, a exemplo de Aury Lopes Jr., para quem o dispositivo legal em comento é inconstitucional, eis que consagrador da figura do “juiz-instrutor” (LOPES JR., 2010, p. 262).

- O inquérito policial é “voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada” (NUCCI, 2008, p. 143): a principal finalidade do inquérito é apurar os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade de um crime (justa causa) para fundamentar a futura ação penal, a ser ajuizada pelo Ministério Público (ação penal pública) ou pelo ofendido (ação penal privada). Entende-se que “o simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido

de provas e sem um exame pré-constituído da legalidade. Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime” (NUCCI, 2008, p. 143-144).

O inquérito constitui-se assim em “um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação, evitando-se o indesejável erro judiciário [...]” (NUCCI, 2008, p. 144).

Por outro lado, além da segurança, o inquérito “fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível (ex: exame do cadáver ou do local do crime)” (NUCCI, 2008, p. 144).

Destacando essa finalidade do inquérito policial, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar afirmam que ele:

*[...] 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. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 72).*

### 3. JUIZ DAS GARANTIAS (ARTS. 3º-B A 3º-F DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/2019 – “PACOTE ANTICRIME”)

#### 3.1. Regramento do juiz das garantias no CPP (arts. 3º-B a 3º F)

Comum em países como Itália, EUA e México, o juiz das garantias deve ser definido como aquele magistrado que atuará exclusivamente na fase de investigação criminal (existindo outro magistrado que atuará apenas na fase da ação penal), determinando as medidas protegidas pela cláusula de reserva de jurisdição (a exemplo de prisões cautelares, busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica etc.), com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais do indivíduo.

Até então figura sem qualquer reconhecimento legal no Brasil, o juiz das garantias passou a integrar o ordenamento jurídico do país com o advento da Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), a qual o inseriu no CPP nos arts. 3º-B a 3º-F.

Logo de início, merece ser destacado o teor do art. 3º-B, *caput*, do CPP, que alberga o conceito alhures oferecido, asseverando que “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...]”.

De fato, entende-se que a atuação moderna do magistrado na fase de investigação é de simplesmente resguardar os direitos fundamentais dos envolvidos. Relembre-se que há certas diligências que apenas podem ser praticadas se houver autorização judicial para tanto, pois elas mitigam direitos fundamentais do investigado, como os já citados exemplos da interceptação telefônica (mitiga a privacidade e a intimidade do sujeito), da busca e apreensão domiciliar (mitiga

a inviolabilidade do domicílio) e das prisões cautelares (mitigam a liberdade do cidadão) – são as chamadas cláusulas de reserva de jurisdição. É exatamente nesse contexto que se insere o juiz das garantias, funcionando como um verdadeiro **tutor (garante)** de todos esses direitos fundamentais que podem estar em jogo na investigação criminal.

Destarte, se a diligência a ser realizada durante a investigação não atinge direito fundamental do indivíduo, não há a necessidade de autorização judicial, podendo ela ser colhida diretamente pela autoridade com atribuições para o ato, a exemplo de uma simples colheita de depoimento de uma testemunha.

Isto posto, o próprio CPP elenca no art. 3º-B, incisos I a XVIII, em um **rol não taxativo**, as medidas a serem determinadas pelo juiz das garantias, conforme a seguir transcrito:

***I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;***

É o juiz das garantias a autoridade competente para fins de recebimento da comunicação imediata da prisão de qualquer indivíduo exigida pelo art. 5º, inciso LXII, da Constituição Federal e, no caso particular da prisão em flagrante, pelo art. 306, *caput*, do CPP.

***II – receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;***

Cabe ao juiz das garantias o recebimento do auto de prisão em flagrante para fins de análise da legalidade da prisão, bem como da necessidade de se convertê-la em prisão preventiva, tudo consoante o disposto no art. 310 do CPP, análise esta que ocorrerá no âmbito da audiência de custódia por ele presidida.

***III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;***

Como tutor dos direitos fundamentais do investigado, o juiz das garantias deve ter cuidado especial com os direitos da pessoa presa, merecendo destaque aqueles constitucionalmente assegurados. Para essa tutela, o juiz pode determinar a condução do preso à sua presença, o que obrigatoriamente ocorrerá quando da realização da audiência de custódia.

***IV – ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;***

Muito embora o juiz não tenha que necessariamente atuar na etapa de investigação criminal (o que apenas é exigido quando há direito fundamental em jogo – cláusula de reserva de jurisdição), sempre que ela for instaurada deverá ser comunicada ao juiz das garantias, até para que ele analise a legalidade desta instauração. Assim, se não houver fundamento razoável para a instauração ou mesmo prosseguimento da investigação, cabe ao juiz das garantias determinar o seu trancamento, como previsto no inciso IX do dispositivo legal em apreço.

Pelo teor deste dispositivo e do próprio art. 3º-A do CPP do CPP, a nosso ver, o inquérito policial deva tramitar diretamente entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. Com isso, a prorrogação do prazo para as investigações seria ajustada

entre esses órgãos, salvo na hipótese de investigado preso, quando cabe ao juiz das garantias conceder mais tempo para a conclusão do inquérito (art. 3º-B, inciso VIII e § 2º, do CPP).

Quanto ao trâmite direto do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, convém lembrar que ele não vem expresso no CPP. Aliás, a opção textual do Código sempre foi no sentido de apontar o juízo criminal competente como o destinatário do inquérito policial, o qual, por sua vez, via de regra, remeteria os autos ao Ministério Público.

Certo é que a Resolução nº 63/2009 do Conselho da Justiça Federal (CJF) já permitia a tramitação direta de inquéritos policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. Tal medida visa celeridade, economia processual, eficiência e otimização dos procedimentos, garantindo ainda a duração razoável do processo. A esse respeito, o STJ já decidiu que a portaria editada por Juiz Federal que, com fundamento nesta Resolução, estabelece esta tramitação direta não é ilegal (STJ, Informativo nº 574).

No âmbito do STF, a referida Resolução do CJF é objeto da ADI 4.305, ainda não julgada. De outro lado, o próprio STF já decidiu, na ADI 2.886, ser inconstitucional lei estadual do Rio de Janeiro que determinava a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, por entender padecer a legislação de vício formal (regra estadual que prevê o trâmite direto do inquérito policial entre a Polícia e Ministério Público é inconstitucional por violar o art. 24, § 1º, da Carta Magna). Também no âmbito da Suprema Corte, já houve reconhecimento de repercussão geral à matéria (RE nº 660.814), estando o processo, até o fechamento desta edição, destacado no julgamento virtual (Tema nº 1.034 de Repercussão Geral).

Ainda na esfera estadual, merece registro, a título de ilustração, o caso do Estado de Minas Gerais, no qual foi assinado, em 13/03/2017, um Termo de Provedimento Conjunto entre o Tribunal de Justiça, o Ministério Público e a Polícia Civil para a tramitação direta de inquéritos entre esses dois últimos órgãos, sendo que sua adoção se deu, em um primeiro momento, como projeto-piloto em algumas comarcas do Estado.

A opção pelo trâmite direto também resguardaria o sistema acusatório, não participando o juiz da colheita de qualquer prova, ao menos não como protagonista. Caso esteja em jogo algum direito fundamental do cidadão, inclusive o estado de liberdade (o que se verifica, por exemplo, na hipótese de prorrogação do prazo de término do inquérito policial em se tratando de investigado preso), o juiz (das garantias) será chamado a atuar.

#### **V – decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;**

A competência do juiz das garantias para análise de requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar restringe-se ao momento em que ele atua, ou seja, durante a investigação criminal até o recebimento da denúncia ou queixa (art. 3º-C, § 1º, CPP).

Na redação original do “Pacote Anticrime”, o art. 3º-B, § 1º, do CPP, havia sido vetado pelo Presidente da República. Este dispositivo proíbe o emprego de videoconferência para a realização da audiência de custódia, possuindo a seguinte redação: *“O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.”*

Foram expostas pelo Presidente da República as seguintes razões para o veto ao dispositivo legal em comento: *“A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar em aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando as regras do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei nº 13.707, de 2018).”*

Com o veto presidencial a esta norma, efetivamente não havia qualquer vedação legal expressa ao uso da videoconferência na audiência de custódia. No silêncio da lei, alguns Estados editaram atos normativos permitindo expressamente a realização da audiência de custódia por videoconferência, a exemplo de Minas Gerais, por meio da Portaria Conjunta da Presidência do TJMG nº 930/2020 (em seu art. 3º, prevê a excepcional realização da audiência de custódia por meio eletrônico disponível, devendo a decisão ser justificada no respectivo termo) e da Recomendação CGMP nº 3/2019, do MPMG (prevê a atuação do membro do MPMG em audiência de custódia por videoconferência).

À época, conforme reconhecido pelo Enunciado nº 32 do GNCCRIM, *“Em razão do veto presidencial ao § 1º do art. 3º-B (que proibia a realização do ato por videoconferência), nos casos em que se faça inviável a realização presencial do ato (devidamente fundamentada) faculta-se o uso de meios tecnológicos.”*

Porém, havia decisões do CNJ, proferidas por seu Presidente, o Ministro Dias Toffoli, suspendendo liminarmente a eficácia de atos normativos dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina e Maranhão que permitiam a audiência de custódia por videoconferência, sob o argumento de que o emprego desta tecnologia neste ato *“aparentemente contrasta com os princípios e garantias constitucionais que a institucionalização deste procedimento busca preservar”*.

Além disso, a Terceira Seção do STJ já tinha decidido que não seria cabível a realização de audiência de custódia por videoconferência por ausência de previsão legal (Informativo nº 663). Nessa decisão, o Tribunal consignou que a Resolução nº 213 do CNJ é clara ao estabelecer que, no caso de cumprimento de mandado de prisão fora da jurisdição do juiz que a determinou, a apresentação do preso, para a audiência de custódia, deve ser feita à autoridade competente na localidade em que ocorreu a prisão, de acordo com a Lei de Organização Judiciária local. No caso de audiência de custódia realizada por juízo diverso daquele que decretou a prisão, observou que competirá à autoridade judicial local apenas, caso necessário, adotar medidas necessárias à preservação do direito da pessoa presa. As demais medidas, ou não são aplicáveis no caso de prisão preventiva ou não possui o juízo diverso do que decretou a prisão competência para a efetivar.

Para o STJ, de fato, uma das finalidades precípua da audiência de custódia é aferir se houve respeito aos direitos e garantias constitucionais da pessoa presa. Assim, demanda-se que seja realizada pelo juízo com jurisdição na localidade em que ocorreu o encarceramento. É essa autoridade judicial que, naquela unidade de exercício do poder jurisdicional, tem competência para tomar medidas para resguardar a integridade do preso, bem assim de fazer cessar agressões aos seus direitos fundamentais, e determinar a apuração das responsabilidades, caso haja relato de que houve prática de torturas e maus tratos. Nesse contexto, no entender do Tribunal, foge à *ratio essendi* do instituto a sua realização por meio de videoconferência.

Ainda nessa decisão, o STJ registrou que o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, ao deferir a medida liminar para suspender a Resolução CM nº 09/2019, que permitia a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência destacou que “o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) considerou que a apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e maus tratos, pois que a transmissão de som e imagem não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona”.

Portanto, por ausência de previsão legal, o STJ não admitia a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência, ainda que pelo juízo que decretou a custódia cautelar.

Esse entendimento do STJ restou fortalecido, tendo em vista que, em 19 de abril de 2021, o Congresso Nacional derrubou o veto presidencial ao art. 3º-B, § 1º, do CPP, vindo esta norma a ser promulgada pelo Presidente da República no dia 30 de abril de 2021. Logo, atualmente, há expressa previsão legal proibindo que a audiência de custódia ocorra por meio de videoconferência.

Excepcionalmente, porém, pode ser empregada a videoconferência para a realização da audiência de custódia, o que se verifica durante a pandemia pelo coronavírus. Nesse prisma, deve ser registrado que, em 26 de novembro de 2020, o CNJ editou a Resolução nº 357/2020, a qual alterou o art. 19 da Resolução CNJ

nº 329/2020, passando-se a admitir a realização de videoconferência das audiências de custódia quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Por força desse ato normativo, fica garantida também a possibilidade de que a entrevista prévia e reservada entre o preso e o advogado ou defensor ocorra por videoconferência. Registre-se, contudo, que, em 2022, essas Resoluções foram expressamente revogadas pela Resolução nº 481/22 do CNJ.

Reforçando a possibilidade excepcional de audiência de custódia por videoconferência, muito oportuno é o teor Enunciado nº 30 aprovado na I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal (CJF), segundo o qual *“Excepcionalmente e de forma fundamentada, nos casos em que se faça inviável a realização presencial do ato, é possível a realização de audiência de custódia por sistema de videoconferência.”* Embora este Enunciado tenha sido aprovado antes do advento do art. 3º-B, § 1º, do CPP, nada impede que ele seja utilizado para justificar a realização do ato por meio da videoconferência durante a pandemia.

Em arremate, noticie-se que, em 28 de junho de 2021, o Ministro do STF Nunes Marques suspendeu a eficácia do art. 3º-B, § 1º, do CPP, promulgado pelo Presidente da República em 30 de abril de 2021, que veda a realização da audiência de custódia por videoconferência. Com isso, por enquanto, fica permitido que o ato ocorra por videoconferência durante a pandemia da COVID-19, como, aliás, já havia autorizado o CNJ na Resolução nº 357/20 (atualmente revogada pela Resolução nº 481/22 do CNJ). A decisão liminar foi proferida na ADI 6.841, ajuizada pela AMB, e que será submetida a referendo do Plenário do STF. Registre-se que há também ADI ajuizada pela CONAMP contra aquela norma (ADI nº 6.919).

**VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;**

A competência ora estabelecida também fica restrita ao momento em que o juiz das garantias atua, ou seja, durante a investigação criminal até o recebimento da denúncia ou queixa (art. 3º-C, parágrafo 1º, CPP). Este dispositivo legal traz ainda importante inovação: para que se prorrogue a prisão provisória (no caso, as prisões preventiva e temporária) ou outra medida cautelar, passa a ser obrigatório o exercício do contraditório em audiência pública e oral. Esta previsão ganha ainda maior relevo na prisão preventiva, tendo em vista que o parágrafo único do art. 316 do CPP impõe seja o decreto desta prisão revisto quanto à necessidade de manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. Logo, se a revisão da preventiva ainda está a cargo do juiz das garantias, ela deve ser feita naquela audiência, observado o contraditório oral. Decerto, o exercício do contraditório em audiência ampliará consideravelmente a pauta de audiências do Judiciário em todo país, já bem sobrecarregada, o que exigirá uma reestruturação deste Poder para que possa atender a esta nova demanda sem comprometer a celeridade da persecução penal e da atuação estatal.

### **VII – decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;**

Em sendo a decisão proferida no âmbito da investigação criminal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis (mencionada inclusive no art. 156, inciso I, do CPP) será determinada pelo juiz das garantias, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral. O mesmo problema de ampliação da pauta de audiências do Poder Judiciário acima exposto ocorrerá a partir desta previsão legal, exigindo do Estado uma reestruturação que atenda a esta nova demanda sem prejuízo da celeridade processual.

Ferramenta que pode se revelar bastante útil para contornar esse problema estrutural detectado nos incisos VI e VII do dispositivo legal em comento é a realização das referidas audiências públicas e orais por meio videoconferência, como apontado pelo Enunciado nº 6 PGJ-CGMP do Ministério Público do Estado de São Paulo a respeito da Lei nº 13.964/19: “Para as audiências públicas e orais previstas nos incisos VI e VII do art. 3º-B do CPP, poderá o juiz das garantias valer-se da videoconferência para assegurar a participação do indiciado ou acusado.”

### **VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;**

Haja vista que o estado de liberdade do cidadão estará em jogo, a prorrogação do prazo de duração do inquérito policial, estando o investigado preso, será determinada pelo juiz das garantias.

No entanto, detecta-se uma falha grave da nova legislação. É que o § 2º do art. 3º-B do CPP passa a estatuir que, se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada. Noutro giro, o art. 10, *caput*, do CPP, que não foi diretamente alterado pela Lei nº 13.964/2019, prevê o prazo improrrogável de 10 (dez) dias para conclusão do inquérito em se tratando de investigado preso.

Para superar este conflito aparente entre normas do CPP, é preciso invocar o princípio da posterioridade (a norma posterior revoga a norma anterior), daí porque deve prevalecer o teor do art. 3º-B, § 2º, do Código, sendo possível a prorrogação do inquérito de investigado preso por até 15 (quinze) dias.

Mas resta ainda uma indagação: qual seria, enfim, o prazo inicial para o término do inquérito de investigado preso na Justiça Estadual, 10 (dez) dias (art. 10, *caput*, CPP) ou 15 (quinze) dias (art. 3º-B, § 2º, CPP)?

Prevalece em doutrina o entendimento de que, na Justiça Estadual, o prazo inicial para conclusão do inquérito policial de investigado preso permanece sendo de 10 (dez) dias. Assim, o prazo seria de 10 (dez) dias, prorrogável uma única vez por 15 (quinze) dias. Já na Justiça Federal, o prazo inicial seria de 15 (quinze) dias, prorrogável uma única vez por novos 15 (quinze) dias (art. 66, *caput*, Lei nº 5.010/66).

Ousamos discordar desse entendimento da doutrina majoritária. Note-se, o art. 3º-B, § 2º, do CPP não afirma que este prazo inicial será de 15 (quinze) dias, apenas permite a prorrogação, uma única vez, por até 15 (quinze) dias. Todavia, por uma interpretação sistemática, considerando que o prazo inicial para conclusão do inquérito policial de investigado preso que tramite perante a Justiça Federal é de 15 (quinze) dias (sendo que para este juízo já era possível a prorrogação, uma única vez, por até 15 (quinze) dias, tudo nos termos do art. 66 da Lei nº 5.010/66), visando, portanto, unificar os prazos para conclusão do inquérito policial nas Justiças Estadual e Federal (já havia identidade para o inquérito de investigado solto), e considerando ainda que é possível extrair que o objetivo do art. 3º-B, § 2º, do CPP foi prever o prazo inicial de 15 (quinze) dias, conclui-se que, a nosso ver, o prazo inicial do inquérito policial envolvendo investigado preso na Justiça Estadual passa a ser também de 15 (quinze) dias.

Essa distinção entre os prazos na Justiça Estadual e na Justiça Federal é absolutamente injustificada, até porque, na prática, a Polícia Federal, com melhor estrutura operacional do que a Polícia Civil, acaba possuindo prazo muito superior àquele conferido a este último órgão.

Certo é que o art. 3º-B, § 2º, do CPP está com a eficácia suspensa em virtude de decisão monocrática proferida pelo Ministro Fux, daí porque, nesse momento, permanece o cenário existente antes do “Pacote Anticrime”.

De qualquer sorte, com ou sem o reconhecimento da eficácia da mudança trazida pela Lei nº 13.964/19, os prazos de conclusão do inquérito policial previstos na legislação especial (art. 66 da Lei nº 5.010/66; art. 51, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 11.343/06; art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei nº 1.521/51; art. 20, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal Militar) continuam mantidos, em virtude do princípio da especialidade.

Noutro giro, de acordo com o Enunciado nº 11 PGJ-CGMP do Ministério Público do Estado de São Paulo a respeito da Lei nº 13.964/19, “A prorrogação prevista no § 2º do art. 3º-B do CPP aplica-se somente à prisão preventiva.”, não tendo incidência, pois, na prisão temporária, submetida ao regramento especial da Lei nº 7.960/89, a qual fixa prazos diferenciados de duração da custódia cautelar. Desse modo, “O prazo de duração do inquérito policial resultante da aplicação do § 2º do art. 3º-B do CPP, estando o imputado preso, não incide no caso de prisão temporária.” (Enunciado nº 12 PGJ-CGMP do Ministério Público do Estado de São Paulo a respeito da Lei nº 13.964/19).

Ademais, mesmo sem previsão legal, entende-se que o Ministério Público, enquanto titular da ação penal pública, deverá ser ouvido a respeito da prorrogação do prazo de duração do inquérito policial de investigado preso.

### **IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;**

O trancamento do inquérito policial será determinado pelo juiz das garantias quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento.

A jurisprudência do STF e do STJ já havia consagrado o entendimento de que o trancamento poderia ser obtido no âmbito de *habeas corpus*. Se esta ação

procura atacar ato de delegado de polícia, ela deverá ser impetrada perante juiz de primeiro grau, justamente o juiz das garantias. O inciso XII do art. 3º-B do CPP reforça essa competência. A previsão do “Pacote Anticrime” permite agora que o trancamento também se dê informalmente, nos próprios autos da investigação. Ademais, seguindo a linha de intelecção dos tribunais superiores, o trancamento nos autos do inquérito pode ter como fundamento a ocorrência de fato manifestamente atípico ou ainda a existência evidente de causa de extinção da punibilidade. Nessa esteira, o Enunciado nº 9 PGJ-CGMP do Ministério Público do Estado de São Paulo a respeito da Lei nº 13.964/19 chega a afirmar que: *“Entende-se por fundamento razoável para o trancamento do inquérito policial, nos termos do inciso IX do art. 3º-B do CPP, tão somente a manifesta atipicidade do fato ou a ocorrência de causa extintiva da punibilidade que impeça o prosseguimento da investigação.”*

A doutrina vem entendendo que o trancamento do inquérito policial tratado no inciso IX do dispositivo legal em comento tem natureza jurídica de concessão de ordem de *habeas corpus*, daí porque deve ser aplicado o disposto no inciso I do art. 574 (previsão de recurso de ofício para atacar sentença concessiva de *habeas corpus*), e no inciso X do art. 581 (previsão de recurso em sentido estrito para atacar decisão concessiva de *habeas corpus*) do CPP. É o que apregoa o Enunciado nº 8 PGJ-CGMP do Ministério Público do Estado de São Paulo a respeito da Lei nº 13.964/19: *“O trancamento do inquérito policial previsto no inciso IX do art. 3º-B do CPP tem natureza jurídica de concessão de ordem de habeas corpus, sendo aplicável o disposto no inciso I do art. 574, e no inciso X do art. 581 do mesmo diploma legal.”*

#### **X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;**

É competência atribuída ao juiz das garantias que deve ser exercida com muita parcimônia, evitando que o magistrado abandone a sua imparcialidade e acabe adotando postura que implique em participação ativa na colheita de provas, colocando em risco o sistema acusatório. Diante disso, este poder requisitório apenas deve ser exercido se absolutamente necessário para a tutela de direito fundamental do cidadão.

#### **XI – decidir sobre os requerimentos de:**

**a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;**

**b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;**

**c) busca e apreensão domiciliar;**

**d) acesso a informações sigilosas;**

**e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.**

Por serem diligências que evidentemente repercutem na esfera dos direitos fundamentais do cidadão, elas somente se efetivam mediante autorização do juiz das garantias. O dispositivo apresenta hipótese clássica de atuação desse magistrado (cláusula de reserva de jurisdição). Esclareça, porém, na linha do

Enunciado nº 10 PGJ-CGMP do Ministério Público do Estado de São Paulo a respeito da Lei nº 13.964/19, que “*Somente haverá necessidade de decisão do juiz das garantias sobre os meios de obtenção de prova mencionados na alínea “e” do inciso XI do art. 3º-B do CPP quando a lei especificamente assim o exigir.*”

#### **XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;**

É o exemplo do *habeas corpus* impetrado para permitir o trancamento do inquérito policial: cabe ao juiz das garantias processá-lo e julgá-lo.

#### **XIII – determinar a instauração de incidente de insanidade mental;**

Esta competência do juiz das garantias somente é válida se o incidente de insanidade mental é instaurado no inquérito policial, conforme permitido pelo art. 149, § 1º, do CPP. Se a instauração se dá no curso da ação penal, a competência fica reservada ao juiz que atua no processo.

#### **XIV – decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;**

É certo que a competência do juiz das garantias cessa com o recebimento da denúncia ou queixa, como reza o art. 3º-C, *caput*, do CPP. Contudo, este último dispositivo legal e o próprio art. 3º-B, inciso XIV, do CPP, ora em comento, cometem uma impropriedade técnica ao mencionarem os termos do art. 399 do Código. É que o recebimento da denúncia ou queixa é marcado pela etapa definida no art. 396, *caput*, do CPP, considerando que ele deve ocorrer sempre antes da citação do réu. Na verdade, na fase do art. 399 do CPP, já ocorreu o recebimento da peça inicial acusatória, tendo sido o réu citado e a resposta escrita à acusação por ele apresentada. O que se tem nesta etapa é um novo momento para que o magistrado decida se vai determinar ou não o prosseguimento do feito, ou seja, se vai promover a absolvição sumária do réu ou designar audiência de instrução e julgamento. Andou mal a Lei nº 13.964/2019 ao escolher a fase do art. 399 do CPP como limite para a competência do juiz das garantias: deveria estipular momento bem anterior, o do efetivo recebimento da denúncia ou queixa, que é extraído do disposto no art. 396, *caput*, do CPP.

#### **XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;**

Compete ao juiz das garantias fazer valer o inteiro teor da Súmula Vinculante nº 14 do STF e do art. 7º, inciso XIV e parágrafo 11, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), os quais serão analisados em tópico futuro ainda neste capítulo. Esta competência, a nosso ver, não exclui a via da reclamação na hipótese de descumprimento do conteúdo da citada Súmula Vinculante.

#### **XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;**

Há um sério descompasso entre esta previsão legal e o disposto no art. art. 159, §§ 3º, 4º, 5º, inciso II, 6º e 7º, do CPP. Pela dicção do art. 3º-B, inciso XVI, do

Código, seria possível a atuação do assistente técnico na fase de investigação criminal, podendo ele acompanhar a produção da perícia. Contudo, pela leitura do art. 159, §§ 3º, 4º, 5º, inciso II, 6º e 7º, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, observa-se que o assistente técnico somente atuaria na fase processual e ele não acompanharia a produção da perícia, ingressando no feito após a sua realização e elaboração do laudo pelo perito, a partir da sua admissão pelo magistrado (art. 159, § 4º, CPP). Isso porque o assistente técnico atua como um perito de confiança das partes. À primeira vista, haveria um conflito aparente entre normas do CPP, que poderia ser resolvido pelo critério da lei mais recente, no caso a Lei nº 13.964/94 (em comparação com a Lei nº 11.690/08). Desse modo, prevaleceria o teor do art. 3º-B, inciso XVI, do CPP, daí porque seria possível que o assistente técnico ingressasse nos autos antes ou durante a realização da perícia, autorizando-se que ele venha a acompanhá-la. Nesses termos, admite-se o seu ingresso na etapa de investigação criminal, o que será deferido pelo juiz das garantias. Mas há quem critique a opção assumida pela Lei nº 13.964/19, sustentando que seria mais coerente com o ordenamento jurídico pátrio manter o regramento do art. 159 do CPP. De qualquer forma, certo é que continua mantida a vedação de que o assistente técnico produza o laudo pericial: ele apenas o ratifica ou infirma, oferecendo o seu parecer técnico (art. 159, § 5º, inciso II, do CPP).

#### ***XVII – decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;***

Os acordos de não persecução penal e de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação, devem ser homologados pelo juiz das garantias.

#### ***XVIII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.***

Este dispositivo reforça a ideia de que o art. 3º-B, incisos I a XVIII, do CPP constitui um mero rol exemplificativo, tendo o juiz das garantias competência para determinar quaisquer outras medidas que envolvam direitos fundamentais do cidadão, em respeito à cláusula de reserva de jurisdição.

É preciso que fique muito claro que a atuação de um juiz na etapa de investigação criminal, por óbvio, não é novidade no Brasil. Desde a entrada em vigor do CPP no país em 1942, sempre existiu um juiz que atuasse nesta etapa. Além disso, em face do sistema acusatório delineado pela Constituição Federal (art. 129, I, CF), já se entendia que esse magistrado não deveria se envolver na colheita da prova durante a investigação, devendo se preocupar em participar deste procedimento quando estivesse envolvido direito fundamental do cidadão (cláusula de reserva de jurisdição). O que ocorria até então é que o magistrado, nessa época, prolongava a sua atuação para o processo penal. O que se instaura com a Lei nº 13.964/2019 é um sistema em que o juiz terá a sua atuação restrita à investigação criminal, afastando-se da persecução penal a partir do recebimento da denúncia ou queixa (art. 3º-C, *caput*, CPP), ficando o processamento e o julgamento da ação penal a cargo de um outro magistrado.

Duas seriam as maiores vantagens costumeiramente apontadas para justificar a existência do juiz das garantias: 1) a otimização da atuação jurisdicional

criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; 2) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão de acusação.

Decerto, a criação do juiz das garantias busca essencialmente evitar que provas colhidas durante a investigação criminal, quando inexistente um contraditório efetivo e substancial como se verifica no processo, comprometam a imparcialidade do magistrado, compreendida como o devido distanciamento dos fatos colocados à sua apreciação. No mínimo psicologicamente, o magistrado que, por exemplo, decretou medidas em desfavor do investigado, como a busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica, prisão cautelar etc., poderia estar tendente, ao término da ação penal, a condenar o agora réu, até mesmo para justificar tudo o que ele próprio decidiu anteriormente. Não há como se garantir que o juiz sempre atuaria de forma tendenciosa, mas, se existe algum tipo de risco à imparcialidade do julgador, é prudente evitá-lo. Em última instância, ao se preservar a imparcialidade do juiz, mantém-se ilibado o sistema acusatório, apagando-se quaisquer resquícios do sistema inquisitivo no Processo Penal brasileiro.

Faz-se imprescindível advertir que o juiz das garantias também não está autorizado a atuar de forma inquisitiva, colocando-se à frente das partes na colheita das provas. Não basta mudar a lei e o sistema de atuação judicial, é preciso que, na prática, haja uma nova mentalidade dos magistrados, para que preservem a sua imparcialidade, resguardecem os direitos fundamentais do cidadão e participem da produção da prova apenas de forma complementar, ou seja, supletivamente, subsidiariamente à atividade das partes.

O mesmo se diga quanto à postura do juiz que atuará na fase processual: de nada vai adiantar a divisão entre juízes da investigação e da ação penal se este último reiterar na íntegra, de forma automatizada, acrítica e não fundamentada, todo o comportamento daquele. O cuidado é ainda maior com essa postura tendo em vista que o art. 3º-C, § 2º, do CPP afirma que *“As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias”*.

Compete ao segundo juiz verdadeiramente decidir todas as matérias surgidas a partir do recebimento da denúncia ou queixa, bem como as questões ainda pendentes (art. 3º-C, § 1º, do CPP). Quanto às provas, o juiz da fase processual deve levar em consideração, em regra, aquelas, de fato, colhidas em juízo (salvo as cautelares, não repetíveis e antecipadas, conforme art. 155, *caput*, do CPP), não se admitindo uma mera repetição proforma ao longo do processo, a exemplo da prática corriqueira de leitura durante a audiência de instrução e julgamento de um Boletim de Ocorrência lavrado no inquérito policial por um policial militar para que ele próprio venha a confirmar o seu teor, mesmo que, naquele momento da confirmação, ele não se recorde mais de nada dos fatos, apenas confirme o seu relato por visualizar a sua assinatura do documento. É nesse cenário que se insere o disposto no art. 3º-C, § 3º, do CPP: *“Os autos que compõem as matérias de*

*competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado*". E, com base no art. 3º-C, parágrafo 4º, do CPP, "*Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.*" (note-se que não se menciona nada a respeito do acesso por parte do juiz do processo).

De outro lado, uma mudança desse porte afeta toda a persecução penal, causa interferências em outros dispositivos legais, inclusive em leis de organização judiciária, e exige uma reestruturação profunda por parte do Judiciário para implementá-la com eficiência. Se a opção do legislador foi em adotar esse sistema, deveria, no mínimo, destinar um prazo razoável para que o Estado e toda a comunidade jurídica se adaptassem ao novo modelo. Nessa direção, relembre-se que a Lei Complementar nº 95/98 (art. 8º) determina que toda e qualquer norma legal deverá ter um período de *vacatio legis* correspondente ao número de dias necessários para que todos dela tomem conhecimento, somente podendo entrar em vigor na data da sua publicação as "leis de pequena repercussão". *A priori*, parece que a Lei nº 13.964/2019 não teve essa sensibilidade, pois fixou, em seu art. 20, o exíguo período de *vacatio legis* de apenas 30 (trinta) dias.

A situação se torna ainda mais preocupante quando se constata que, conforme dados divulgados exaustivamente pela mídia nacional, cerca de 40% (quarenta por cento) das comarcas do país possuem juízo único, atuando no local apenas um único magistrado. Em Minas Gerais, por exemplo, das 296 (duzentas e noventa e seis) comarcas existentes, 200 (duzentas) contam com apenas um juiz, sendo que os gastos do TJMG com pessoal já estão bem próximos do limite prudencial da Lei de Responsabilidade Fiscal. Isso quando a comarca possui realmente magistrado, pois é comum encontrar comarca sem juiz titular algum, nela atuando um juiz cooperador, o qual, muitas vezes, fica responsável pela substituição em mais de uma comarca. Se o juiz atuante em uma comarca como essa assumir a função de juiz das garantias, quem ficará responsável pela ação penal? A Lei nº 13.964/2019 procura solucionar este problema, inserindo no CPP a previsão no art. 3º-D, parágrafo único, segundo a qual "*Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo*". Mas um sistema de rodízio como esse deve ser muito bem pensado, planejado, implicando em alterações significativas na lei de organização judiciária local. Além disso, para que o rodízio funcione, necessariamente o respectivo tribunal terá que contar com uma ampliação substancial no número de juízes, o que vai, por sua vez, resultar em aumento de gastos públicos. Enfim, 30 (trinta) dias para transformações deste jaez, de fato, é muito pouco tempo. Lembrando que boa parte deste período transcorreu durante o recesso do Judiciário de final de ano. Faltou, no mínimo, sensibilidade ao legislador. Não há dúvidas de que esse fator foi levado em conta pelo Ministro Fux para suspender a eficácia do regramento do juiz das garantias, conforme será apreciado em tópico futuro.

Nesse contexto, quanto à necessidade de alteração das leis de organização judiciária, o art. 3º-E do CPP reza que *“O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”*.

Ferramenta que pode ser muito útil para a implementação do juiz das garantias é o emprego do inquérito policial eletrônico, o que permitirá que magistrados atuem na investigação independente do local em que se encontrem, evitando, portanto, deslocamento físico de uma comarca para outra, o que garantirá eficiência em sua atuação e reduzirá os gastos por parte do Estado. Noutro giro, o art. 3º-E do CPP assevera que o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária.

O art. 3º-D, *caput*, do CPP estabelece em quais hipóteses o juiz da etapa de investigação criminal fica impedido para continuar atuando na ação penal. Não obstante, este dispositivo comete erro grosseiro, pois faz referência aos artigos 4º e 5º do CPP, os quais não se referem a quaisquer medidas determinadas por um juiz. Pecou então a Lei nº 13.964/2019. O que é possível extrair desta previsão legal é que se pretendeu reforçar que o juiz que participou da investigação criminal não poderá atuar na fase processual.

Esclareça-se, todavia, que não é qualquer ato praticado pelo juiz das garantias que o tornará impedido para atuar na fase processual. Em outras palavras, apenas e tão somente atos proferidos pelo juiz das garantias que possam, efetiva ou potencialmente, comprometer a sua imparcialidade é que impedem que ele siga atuando na fase processual. Portanto, excepcionalmente, o juiz da investigação criminal pode continuar atuando durante o processo se não proferir certas decisões, geralmente desvinculadas à cláusula de reserva de jurisdição. Assim, por exemplo, uma simples decisão que permite a prorrogação do prazo do inquérito de investigado solto não teria o poder de proibir o juiz de participar da etapa processual, daí porque inclusive sustentamos que a Lei nº 13.964/2019 admitiu no país o trâmite direto do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. Já se este juiz profere decreta a prisão temporária na investigação decisão, ficará impedido de atuar na fase processual.

Noutro giro, o impedimento da atuação do juiz das garantias na fase processual implica em uma mitigação da regra de prevenção definida no art. 75 do CPP, segundo o qual qualquer decisão do juiz no inquérito policial o tornaria preventivo para o julgamento da ação penal. A partir do recebimento da denúncia ou queixa, o juiz das garantias não poderá mais seguir na persecução penal. O dispositivo legal passaria a ter relevância prática então apenas se compreendido como critério de competência para a escolha entre os juízes das garantias existentes em determinada localidade (o juízo de garantias que proferisse qualquer decisão no inquérito policial se tornaria preventivo para atuar ao longo de todo este procedimento, afastando a competência dos demais juízes das garantias porventura existentes naquela comarca ou seção judiciária), não repercutindo mais na etapa da ação penal.

O impedimento ora em apreço, por óbvio, incide apenas e tão somente para o juiz, não atingindo de modo algum o membro do Ministério Público que atuou na fase de investigação criminal, até em observância ao princípio do promotor natural, na linha argumentativa da Súmula nº 234 do STJ (“A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.”) e conforme esclarece o Enunciado nº 15 PGJ-CGMP do Ministério Público do Estado de São Paulo a respeito da Lei nº 13.964/19 (“O membro do Ministério Público que tenha atuado na fase de investigação, inclusive na presidência de procedimento investigatório criminal, pode atuar na fase de instrução e julgamento, preservado o princípio do promotor natural.”).

Pelo disposto no “Pacote Anticrime”, o juiz das garantias não deve atuar em toda e qualquer investigação criminal. Na dicção do art. 3º-C, *caput*, do CPP, a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. Vem preponderando em doutrina o entendimento de que, por interpretação literal do art. 3º-C, *caput*, do CPP, o juiz das garantias só não atuaria em infrações penais de menor potencial ofensivo. Em prol do sistema acusatório, a sua competência abrangeria todos os demais casos.

Ao final, registre-se o inteiro teor do art. 3º-F, *caput* e parágrafo único, do CPP: “O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no *caput* deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão”. É mais uma atuação do juiz das garantias em prol de direitos fundamentais do cidadão. A conduta que ele deve procurar evitar, mencionada no *caput* deste dispositivo legal, pode configurar a prática do crime tipificado no art. 13 da Lei nº 13.869/2019.

### 3.2. Suspensão cautelar pelo STF dos arts. 3º-B a 3º F CPP

Em decisão monocrática proferida em 22 de janeiro de 2020, o Ministro do STF Luiz Fux concedeu medida cautelar nas ADIs de números 6.298/DF, 6.299/DF, 6.300/DF e 6.305/DF, suspendendo *sine die*, *ad referendum* do Plenário, a eficácia do juiz das garantias (mais precisamente dos arts. 3º-B a 3º-F do CPP).

Nesta decisão, o Ministro Fux entendeu que a figura do juiz das garantias é inconstitucional, daí porque a suspendeu por prazo indeterminado. Para tanto, foram utilizados, em apertada síntese, os seguintes argumentos:

- a) **inconstitucionalidade formal**: aduziu-se que a Lei nº 13.964/19, no que diz respeito à criação do juiz das garantias, está eivada de vício formal de origem ou de iniciativa. É que o juiz das garantias alterou materialmente a

# Questões e processos incidentes

## 1. QUESTÕES PREJUDICIAIS (ARTS. 92 A 94 CPP)

Questão prejudicial é toda questão relacionada ao mérito da causa, que necessita ser julgada antes deste. Difere da questão preliminar tendo em vista que esta última diz respeito ao próprio processo e seu regular desenvolvimento. Ademais, a decisão da questão prejudicial pode interferir no julgamento do mérito da causa. Já a questão preliminar tem o único efeito de impedir o julgamento do mérito da causa se ela for reconhecida pelo magistrado, mas, uma vez não reconhecida, não causa nenhuma interferência no mesmo. Além disso, a questão prejudicial é autônoma, pois existe independentemente da questão principal, podendo ser objeto de processo distinto (exemplo: o julgamento do crime de furto de forma autônoma ao crime de receptação) e podendo ainda ser julgada ou não pelo juízo penal, ao passo que a questão preliminar é absolutamente dependente, eis que depende da existência da questão principal e será sempre julgada pelo juízo penal (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 253). É exemplo de preliminar no processo penal o julgamento acerca de nulidades processuais.

Questão prejudicial	Questão preliminar
Diz respeito ao mérito da causa, necessitando ser julgada antes deste.	Diz respeito ao próprio processo e seu regular desenvolvimento.
A decisão da questão prejudicial pode interferir no julgamento do mérito da causa.	A decisão da questão preliminar tem o único efeito de impedir o julgamento do mérito da causa se ela for reconhecida pelo magistrado. Em não sendo reconhecida, não interfere no mérito da causa.
É autônoma, pois existe independentemente da questão principal, podendo ser objeto de processo distinto e podendo ainda ser julgada ou não pelo juízo penal.	É absolutamente dependente, eis que depende da existência da questão principal e será sempre julgada pelo juízo penal.

No que diz respeito às questões prejudiciais, o Brasil adota o **sistema eclético ou misto**, já que diferencia questões prejudiciais homogêneas ou não devolutivas

ou impróprias ou imperfeitas e questões prejudiciais heterogêneas ou devolutivas ou próprias ou perfeitas. As **questões prejudiciais homogêneas ou não devolutivas ou impróprias ou imperfeitas** são as que “pertencem e podem ser resolvidas na mesma jurisdição, ou no mesmo ramo do Direito” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 253), referindo-se à matéria da causa principal, que é de natureza penal, a exemplo da decisão sobre a exceção da verdade nos crimes de calúnia (art. 138, § 3º, CP). As **questões prejudiciais heterogêneas ou devolutivas ou próprias ou perfeitas**, por sua vez, referem-se a outras áreas do direito, devendo ser decididas por outro juízo que não o penal, a exemplo da “decisão sobre a posse, na esfera cível, antes de decidir a respeito do esbulho, previsto no art. 161, § 1º, II, CP” (NUCCI, 2008, p. 272).

Questão prejudicial homogênea	Questão prejudicial heterogênea
Refere-se à matéria da causa principal, que é de natureza penal, a exemplo da decisão sobre a exceção da verdade nos crimes de calúnia.	Refere-se a outras áreas do direito, devendo ser decidida por outro juízo que não o penal, a exemplo da decisão sobre a posse, na esfera cível, antes de decidir a respeito do esbulho, previsto no art. 161, § 1º, II, CP.

O Código de Processo Penal trata expressamente da questão prejudicial obrigatória e da questão prejudicial facultativa. A **questão prejudicial obrigatória (sistema da prejudicialidade obrigatória)** é aquela que impõe a suspensão do processo penal até que haja decisão prolatada por juízo cível. Ela vem prevista no art. 92 do CPP, que assevera: se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repete séria e fundada, sobre o **estado civil das pessoas**, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

► **Aplicação em concurso público:**

No concurso do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, promovido em 2019, foi cobrado o teor do art. 92 do CPP (questão prejudicial obrigatória), nos seguintes termos: “Consoante o Código de Processo Penal, se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repete séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.” A assertiva foi considerada incorreta.

Como aponta o dispositivo legal, a análise sobre a seriedade da questão controversa fica a cargo do magistrado. Assim, caso ele não a repete séria e fundada, mesmo que relacionada ao estado civil das pessoas, não haverá suspensão

do feito criminal. Além disso, a questão deve dizer respeito à existência da infração e não a circunstâncias do crime, como uma circunstância agravante. É exemplo de questão prejudicial obrigatória a discussão do casamento na esfera cível para definição do crime de bigamia.

A questão prejudicial obrigatória determina apenas a suspensão do feito criminal, não havendo, portanto, suspensão do andamento do inquérito policial. Essa suspensão tem duração indefinida, até que haja decisão transitada em julgado no juízo cível a respeito da questão controversa. Há aqui verdadeira **crise de instância**. Contudo, o curso do prazo prescricional ficará **suspensado** (art. 116, inciso I, do Código Penal).

A decisão judicial que determina a suspensão do processo penal está sujeita a recurso em sentido estrito (art. 581, inciso XVI, do CPP). Já a decisão que não decreta a suspensão é irrecorrível, cabendo, no entanto, *habeas corpus* (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 257) ou até mesmo correição parcial (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 139). Ademais, **a decisão definitiva proferida pelo juízo cível faz coisa julgada no juízo penal**.

O parágrafo único do art. 92 do CPP ainda traz a regra de que, se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados. Essa legitimidade do Ministério Público decorre do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Se necessário for, o querelante também poderá ajuizar a ação civil anteriormente mencionada (NUCCI, 2008, p. 274).

A **questão prejudicial facultativa (prejudicialidade facultativa)** é aquela que permite ao juiz criminal, de acordo com seu critério, suspender o processo, aguardando solução de determinada questão em outra esfera. Está prevista no art. 93 do CPP, que dispõe: se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre **questão diversa da prevista no artigo anterior** (ou seja, questão que não diga respeito ao estado civil da pessoa, a exemplo de direitos reais, direitos obrigacionais, relações empregatícias etc.), e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, **desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite**, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

Como se vê da redação do dispositivo legal, para que ocorra a suspensão do feito criminal é obrigatório que a questão controversa esteja sendo discutida em ação civil já instaurada. Além disso, a questão controversa deve se referir à **prova da existência da infração penal**, não sendo suficiente que diga respeito a simples circunstância do crime, exigindo-se também que ela seja de **difícil solução**.

Acrescente-se também que a questão discutida na ação civil não pode envolver direito cuja prova a lei civil limite, como no caso de uma ação que visa provar a existência de um casamento por meio de testemunhas (lembrando-se que o casamento civil somente é provado por meio de certidão de casamento). Preenchidas essas condições, ainda assim a suspensão do processo penal é

facultativa, ficando a cargo do juiz. E ela somente pode ser decretada **após a inquirição de todas as testemunhas arroladas pelas partes e realizadas outras provas de natureza urgente**. Se, no entanto, ele decretar essa suspensão, tal decisão pode ser atacada mediante recurso em sentido estrito (art. 581, inciso XVI, do CPP). A decisão que não decreta a suspensão é irrecurável, cabendo, no entanto, *habeas corpus* (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 257).

Nos mesmos moldes da questão prejudicial obrigatória, a questão prejudicial facultativa determina apenas a suspensão do feito criminal, não havendo, portanto, suspensão do andamento do inquérito policial. No entanto, o curso do prazo prescricional ficará **suspense** (art. 116, inciso I, do Código Penal). De outro lado, **a decisão definitiva proferida pelo juízo cível faz coisa julgada no juízo penal**.

Ainda com relação à questão prejudicial facultativa, o juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa (art. 93, § 1º, CPP). Consoante o art. 93, § 2º, CPP, do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso. O art. 93, § 3º, do CPP estipula que, suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento (o que decorre do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública). É possível também que o querelante intervenha nesta causa cível (NUCCI, 2008, p. 276).

Questão prejudicial obrigatória	Questão prejudicial facultativa
Prevista no art. 92 do CPP.	Prevista no art. 93 do CPP.

Frise-se que tanto no caso da questão prejudicial obrigatória, como na questão prejudicial facultativa, a suspensão do curso da ação penal será decretada pelo juiz, de ofício (decorrência do princípio do impulso oficial) ou a requerimento das partes (art. 94 do CPP).

► **Aplicação em concurso público:**

No concurso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em 2009, promovido pela Fundação Carlos Chagas (FCC), foi cobrado exemplo de questão prejudicial obrigatória heterogênea, nesses termos: “*Em ação penal para o julgamento de crime de bigamia, a existência de ação civil relativa à validade do casamento, constitui (A) questão prejudicial obrigatória homogênea. (B) questão prejudicial obrigatória heterogênea. (C) questão prejudicial facultativa mista. (D) questão prejudicial facultativa heterogênea. (E) litispendência*”. A assertiva considerada correta foi a de letra B.

**► Aplicação em concurso público:**

No concurso do TJ/SC, em 2009, foi cobrado o efeito da questão prejudicial homogênea facultativa no processo penal. Nesse sentido, a assertiva *“Arguida em defesa prévia questão prejudicial homogênea facultativa, ficará suspenso o processo até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença transitada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição de testemunhas e outras provas de natureza urgente”* foi considerada incorreta.

**► Aplicação em concurso público:**

No concurso da Defensoria Pública da União, em 2010, promovido pelo Cespe/Unb, foi cobrado o teor do sistema eclético ou misto relacionado às questões prejudiciais. Nesse sentido, a assertiva *“Vigora, no Brasil, o sistema eclético ou misto, segundo o qual, em relação às questões prejudiciais heterogêneas relativas ao estado civil das pessoas, aplica-se o sistema da prejudicialidade obrigatória, de forma que compete ao juízo cível resolver a questão, ao passo que, no que concerne às demais questões heterogêneas, utiliza-se o sistema da prejudicialidade facultativa”* foi considerada correta.

**► Aplicação em concurso público:**

No concurso de Promotor de Justiça Substituto do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, promovido pela Fundep, em 2014, dentre outros aspectos relevantes das questões prejudiciais, cobrou-se justamente o conteúdo do sistema da prejudicialidade obrigatória, da seguinte forma: *“Acerca dos sistemas teóricos de resolução da competência jurisdicional das questões prejudiciais, assinale a alternativa INCORRETA:*  
a) – *Denomina-se sistema de cognição incidental aquele em que o juiz que conhece da ação deva conhecer da exceção.* b) – *No sistema de prejudicialidade obrigatória, o juiz criminal deve conhecer da exceção.* c) – *Prepondera o Juízo de acordo com a natureza da exceção, no sistema da prejudicialidade facultativa.* d) – *Na legislação brasileira, prevalece o modelo eclético, implicando soluções da prejudicial tanto pelo juiz penal como extrapenal.”* A alternativa incorreta é a letra B.

**► Aplicação em concurso público:**

No concurso de Juiz Federal Substituto do TRF da Quinta Região, promovido pelo Cespe/Unb, em 2015, foram cobrados aspectos relevantes das questões prejudiciais, do seguinte modo: *“No que se refere às questões prejudiciais, assinale a opção correta.* A) *De acordo com o CPP, as questões prejudiciais, obrigatórias ou facultativas, podem ser reconhecidas, de ofício, pelo juiz da causa principal, sendo prescindível, em qualquer dos casos, a produção antecipada de provas.* B) *Considere que um indivíduo, maior e capaz, tenha feito afirmação falsa, na condição de testemunha, em uma reclamação trabalhista em curso na justiça especializada. Considere, ainda, que, ao final da audiência, o magistrado do trabalho tenha*

encaminhado as peças ao MPF, e que este tenha ofertado denúncia. Nessa situação, a caracterização do crime de falso testemunho ficará pendente até o encerramento definitivo do processo de reclamação trabalhista, sendo, portanto, uma questão prejudicial heterogênea, e facultativa a suspensão do processo criminal. C) As questões prejudiciais submetem-se a juízo de prelibação, no qual o juiz criminal faz a análise da necessidade de suspensão do processo e remessa dos autos ao juízo competente, para que seja dirimida a controvérsia incidental. Caso o magistrado rejeite o pedido de suspensão do processo, caberá recurso em sentido estrito da decisão que ordene o seguimento da ação penal. D) As questões prejudiciais homogêneas cominam a obrigatoriedade da suspensão do processo criminal principal e devem ser necessariamente solucionadas pelo juiz da causa principal. E) Se, no curso de uma ação penal contra servidor público federal por suposta prática de peculato, na modalidade de apropriação ou desvio de recursos públicos, a defesa apresentar resposta à acusação, alegando regularidade das contas declaradas pelo TCU e idêntico posicionamento encontrado na ação de improbidade administrativa em curso, admitir-se-á a objeção apresentada pela defesa como questão prejudicial heterogênea, o que autoriza a suspensão da ação principal”. A resposta considerada correta foi a letra E.

Por fim, há de se apontar ainda a existência de questão prejudicial total e de questão prejudicial parcial. Será **questão prejudicial total** se “a solução da questão prejudicial tiver o condão de fulminar a existência do crime, como, por exemplo, o reconhecimento da invalidade do casamento anterior fará com o crime de bigamia” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 254-255). Noutra giro, será **questão prejudicial parcial** quando a questão prejudicial se limitar “ao reconhecimento de circunstâncias (agravantes, atenuantes, qualificadoras, etc.), deixando incólume a existência do crime” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 255).

Questão prejudicial total	Questão prejudicial parcial
Opera-se quando a solução da questão prejudicial tiver o condão de fulminar a existência do crime, como, por exemplo, o reconhecimento da invalidade do casamento anterior fará com o crime de bigamia.	Opera-se quando a questão prejudicial se limitar ao reconhecimento de circunstâncias (agravantes, atenuantes, qualificadoras, etc.), deixando incólume a existência do crime.

## 2. EXCEÇÕES (ARTS. 95 A 111 CPP)

Exceção é a “defesa indireta apresentada por qualquer das partes, com o intuito de prolongar o trâmite processual, até que uma questão processual relevante seja resolvida, ou com a finalidade de estancar, definitivamente, o seu curso, porque processualmente incabível o prosseguimento da ação” (NUCCI, 2008, p. 277).

O Código de Processo Penal prevê, no seu art. 95, 5 (cinco) espécies de exceções: a de suspeição, a de incompetência de juízo, de litispendência, de ilegitimidade de parte (tanto a ilegitimidade *ad causam* como a ilegitimidade *ad*

processum) e de coisa julgada. Essas exceções deverão ser processadas em autos apartados. Como regra geral, **não suspenderão o andamento da ação penal** (art. 111 do CPP).

As exceções podem ser **peremptórias** (proporcionam a extinção do processo sem julgamento do mérito, denominada *absolvição de instância*, o que ocorre com as exceções de litispendência e de coisa julgada) ou **dilatórias** (proporcionam o prosseguimento do feito, procrastinando-o, o que ocorre com as exceções de suspeição, incompetência do juízo e de ilegitimidade de parte). Como já afirmado anteriormente, ambas as partes podem se utilizar destas exceções, incluindo a acusação, “já que as exceções levantam questões atinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 257).

► **Aplicação em concurso público:**

No XLIX concurso do MP/MG, em 2010, foi cobrada a classificação das exceções de coisa julgada e de litispendência como exceções peremptórias. Nesse sentido, a assertiva “As exceções de coisa julgada e de litispendência situam-se na categoria das exceções peremptórias” foi considerada correta.

### 2.1. Exceção de suspeição (arts. 96 a 107 CPP)

Ab *initio*, há de se mencionar que a arguição da exceção de suspeição precede qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente (art. 96 do CPP).

As hipóteses de suspeição do juiz estão previstas no art. 254 do CPP. Em havendo a atuação de juiz suspeito, o feito estará eivado de nulidade relativa. Noutro giro, a suspeição não pode ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la, consoante o art. 256 do CPP, afinal de contas ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

A suspeição do juiz pode ser arguida espontaneamente pelo próprio magistrado (**de ofício**) ou a **requerimento das partes**. No primeiro caso, deve o juiz afirmar a suspeição por escrito, declarando o motivo legal, remetendo imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes (art. 97 do CPP). No segundo caso, a parte que pretender recusar o juiz (denominada **excipiente**) deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por **procurador com poderes especiais (exceção de suspeição)**, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou de rol de testemunhas (art. 98 do CPP). De acordo com o STJ, é exigível procuração com poderes especiais mesmo se o réu for representado pela Defensoria Pública, inclusive se ele estiver ausente do distrito da culpa (Informativo nº 560). Ainda nesse segundo caso, em sendo reconhecida a suspeição pelo magistrado, ele sustará a marcha do processo, mandando juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruem, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto (art. 99 do CPP).

Entretanto, se não aceitar a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em 3 (três) dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em 24 (vinte e quatro) horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento (art. 100, *caput*, do CPP). No tribunal, deve ser seguido o trâmite previsto no art. 100, §§ 1º e 2º, do CPP. Em seguida, em sendo julgada procedente a suspeição, ficarão nulos (**nulidade absoluta**) os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável (indesculpável); de outro lado, se a suspeição for rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta multa (art. 101 do CPP), que, contudo, por não estar atualizada, não é exequível.

É possível ainda que a parte contrária reconheça a procedência da arguição de suspeição, **hipótese em que se permite excepcionalmente seja sustado o processo principal**, a seu requerimento, até que se julgue o incidente de suspeição (art. 102 do CPP). Em ocorrendo a suspeição em tribunal ou perante o STF, deve ser seguido o procedimento previsto expressamente no art. 103 do CPP.

Frise-se que não há apenas a suspeição do juiz, outros sujeitos que participam do processo penal também podem ser **exceptos** (pessoas contra as quais é arguida uma exceção). Assim, é possível que as partes arguam a **suspeição do órgão do Ministério Público**. Nesse caso, a decisão competirá ao juiz, que, antes, deverá ouvi-lo e poderá admitir a produção de provas no prazo de 3 (três) dias. **Contra essa decisão não cabe recurso** (art. 104 do CPP).

É possível também que as partes arguam a **suspeição dos peritos, dos intérpretes e dos serventuários ou funcionários de justiça**. Nessa hipótese, porém, o juiz deve decidir de plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata (art. 105 do CPP).

Permite-se ainda a arguição de **suspeição dos jurados**, de forma oral, decidindo de plano o presidente do Tribunal do Júri, que a rejeitará se, negada pelo recusado, não for imediatamente comprovada, o que tudo constará da ata (art. 106 do CPP).

Ressalte-se que não é possível a arguição da suspeição às autoridades policiais nos autos do inquérito, mas elas deverão declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal (art. 107 do CPP). Por analogia ao disposto no art. 5º, § 2º, do CPP, entende-se que, caso o delegado não se declare suspeito, será possível o oferecimento de recurso administrativo ao chefe de Polícia (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 259).

► **Qual o entendimento do STJ sobre o assunto?**

O STJ já decidiu que a ausência de afirmação da autoridade policial de sua própria suspeição não eiva de nulidade o processo judicial por si só, sendo necessária a demonstração do prejuízo suportado pelo réu. Ademais, o tribunal ainda ressaltou que, diante do teor do art. 107 do CPP, uma solução possível para a parte que se julgue prejudicada é buscar, na esfera administrativa, o afastamento da autoridade suspeita (STJ, Informativo nº 704).

Por fim, frise-se que **não cabe recurso contra a decisão que acolhe a exceção de suspeição**, nos termos do art. 581, inciso III, do CPP. Entretanto, é possível o oferecimento de *habeas corpus* ou de mandado de segurança, se estiver em jogo, respectivamente, a liberdade de locomoção do réu ou o direito líquido e certo diverso da liberdade. Assim, por exemplo, se for procedente a exceção de suspeição oferecida em face de membro do Ministério Público caberá mandado de segurança (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 260). Além disso, se preenchidas as hipóteses constitucionais de cabimento, é possível o oferecimento dos recursos especial e extraordinário, consoante entendimento do STF (Informativo nº 65).

## 2.2. Exceção de incompetência (arts. 108 e 109 CPP)

A exceção de incompetência (ou *declinatoria fori*) é a defesa indireta apresentada pela parte para que seja reconhecida a incompetência relativa (territorial) do foro perante o qual está tramitando o feito criminal. Pode ser oferecida inclusive pela acusação, conforme entendimento doutrinário prevaiente (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 261).

Nada impede que a parte se utilize desta exceção para impugnar também a incompetência absoluta, embora a parte possa apontar o descumprimento de regra de competência desta natureza em qualquer outra peça processual, inclusive, no caso do réu, na resposta escrita à acusação.

Há de se registrar, no entanto, que **a competência penal é matéria de ordem pública**, motivo pelo qual **pode ser reconhecida de ofício pelo juiz**, não se aplicando para o processo penal, pois, o teor da Súmula nº 33 do STJ (“A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”), que incide apenas no processo civil. Contudo, de acordo com entendimento majoritário da doutrina, o magistrado só poderá declarar-se de ofício incompetente até o momento da absolvição sumária (art. 397, CPP).

No que tange à incompetência absoluta, insta salientar que o seu reconhecimento pode ocorrer em qualquer fase do processo, devendo o juiz declarar os motivos nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do procedimento indicado no art. 108 do CPP. É essa a correta interpretação que merece ser dada ao disposto no art. 109 do CPP: “Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior”.

Retomando o estudo da incompetência relativa (territorial), vale a regra de que, para a parte, ela somente pode ser arguida por meio da exceção ora debatida (exceção de incompetência), que deve ser oferecida no prazo da defesa preliminar (arts. 396 e 396-A do CPP), sob pena de **preclusão**.

A exceção de incompetência poderá ser oposta, **verbalmente ou por escrito**, no prazo de defesa, sob pena de preclusão, como já afirmado alhures (art. 108, *caput*, do CPP). Ela **não suspende o curso do processo principal**. Antes de o juiz decidir, o Ministério Público deverá ser ouvido.

Em sendo aceita a declinatória, o feito será remetido ao juízo competente, onde, ratificados os atos instrutórios anteriores (já que eles são válidos) e renovados os atos decisórios (já que estes são nulos), o processo seguirá (art. 108, § 1º, c/c art. 567, ambos do CPP). Ressalte-se que esse raciocínio é válido apenas para as hipóteses de nulidade relativa (incompetência relativa), afinal de contas se houver incompetência absoluta todos os atos são nulos (instrutórios ou decisórios), necessitando ser refeitos perante o juízo competente, conforme posição majoritária da doutrina.

Noutro giro, recusada a incompetência, o juiz continuará no feito, fazendo tomar por termo a declinatória, se formulada verbalmente (art. 108, § 2º, do CPP).

Contra a decisão que reconhece a incompetência do juízo ou julga procedente a exceção de incompetência caberá o **recurso em sentido estrito**, conforme previsão do art. 581, incisos II e III, do CPP. Já a decisão que julga improcedente a exceção é irrecurável, podendo ser impugnada, porém, por *habeas corpus* ou mandado de segurança criminal, a depender do direito em jogo, ou ainda ser apontada como preliminar de futura apelação (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 261).

### 2.3. Exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada (art. 110 CPP)

Para essas exceções, deve ser observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo nos artigos 108 e 109 do CPP (art. 110, *caput*, do CPP). Se a parte houver de opor mais de uma dessas exceções, deverá fazê-lo numa só petição ou articulado (art. 110, § 1º, do CPP). Ademais, a exceção de coisa julgada (*exceptio rei judicatae*) somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença (art. 110, § 2º, do CPP).

Noutro giro, em havendo litispendência ou coisa julgada, caso ocorra a instauração de inquérito policial, este deve ser trancado por meio de *habeas corpus*, em virtude da ausência de justa causa (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 262).

No que tange à ilegitimidade de parte, é preciso destacar que é possível o oferecimento da exceção para alegar tanto a ilegitimidade *ad causam* como a ilegitimidade *ad processum*. Em sendo reconhecida a primeira (ilegitimidade *ad causam*), todo o processo será nulo, ao passo que, em havendo o reconhecimento da segunda (ilegitimidade *ad processum*), será possível o saneamento dos atos já praticados, desde que devidamente ratificados (art. 568 do CPP).

Essas exceções, como todas as outras, serão processadas em autos apartados e **não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal** (art. 111 do CPP).

Ademais, registre-se que a litispendência, a ilegitimidade de parte e a coisa julgada podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, pois se tratam de matérias de ordem pública.

Quanto à **matéria recursal**, há de se salientar que a decisão que rejeita a exceção de litispendência é irrecurável, podendo ser atacada apenas por *habeas*

*corpus*, ao passo que a decisão que acolhe esta exceção, devidamente oferecida pela parte, deve ser combatida por meio de recurso em sentido estrito (art. 581, inciso III, do CPP). Se, porém, a litispendência for reconhecida de ofício pelo juiz, o recurso cabível é o de apelação (art. 593, inciso II, do CPP).

A decisão que acolhe a exceção de ilegitimidade de parte pode ser combatida por meio do recurso em sentido estrito (art. 581, inciso III, do CPP). No entanto, não há recurso previsto para atacar o não acolhimento desta exceção ou ainda o reconhecimento da ilegitimidade de parte de ofício pelo juiz, sendo autorizado, porém, o manejo do *habeas corpus* ou do mandado de segurança em matéria criminal, a depender do direito em jogo, bem como inserir tal matéria como preliminar do recurso de apelação.

Por fim, a decisão que acolhe a exceção de coisa julgada (*exceptio rei judicatae*) pode ser combatida pelo recurso em sentido estrito (art. 581, inciso III, do CPP). Se, no entanto, a coisa julgada for reconhecida de ofício pelo juiz, o recurso cabível é o de apelação (art. 593, inciso II, do CPP). E se a exceção de coisa julgada não for acolhida, não há recurso previsto em lei, autorizando-se, porém, o oferecimento de *habeas corpus*, bem como a arguição desta matéria como preliminar do recurso de apelação.

### 3. INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS (ART. 112 CPP)

A incompatibilidade não se confunde com a suspeição e com o impedimento. Nos dizeres de Marcellus Polastri Lima, “enquanto a suspeição advém do vínculo ou relação do juiz com as partes do processo, o impedimento revela o interesse do juiz em relação ao objeto da demanda, e a incompatibilidade, via de regra, encontra guarida nas Leis de Organização Judiciária, e suas causas estão amparadas em razões de conveniência” (LIMA, 2009, p. 318).

Em reforço, Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que enquanto “os casos de suspeição e de impedimento têm previsão expressa no Código de Processo Penal, as incompatibilidades previstas no art. 112 do CPP compreenderão todas as demais situações que possam interferir na imparcialidade do julgador e que não estejam arroladas entre as hipóteses de uma e outra. É o que ocorre, por exemplo, em relação às razões de *foro íntimo*, não previstas na casuística da lei, mas suficientes para afetar a imparcialidade do julgador” (OLIVEIRA, 2008, p. 260). Relembre-se que as causas de impedimento estão previstas no art. 252 do CPP e as de suspeição no art. 254 do CPP.

A respeito da incompatibilidade e do impedimento, o art. 112 do CPP assevera que o juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes têm o dever de declarar a sua incompatibilidade ou impedimento legal, abstendo-se de servir no processo. Porém, se não se der a abstenção por aqueles sujeitos, a incompatibilidade ou o impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo conforme o procedimento previsto para a exceção de suspeição.

Saliente-se ainda que, contra a decisão judicial que não reconhece a incompatibilidade ou o impedimento, não há recurso previsto em lei, podendo ser