

CPP

Nestor Távora
Fábio Roque Araújo
Klaus Negri Costa

Código de Processo Penal

para concursos

-  Doutrina
-  Jurisprudência
-  Questões de concurso

 **MAXI**
FORMATO
Leitura otimizada

13^a
edição

revista,
atualizada e
ampliada

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

LIVRO I DO PROCESSO EM GERAL

1. PRINCÍPIOS

1.1. Considerações iniciais sobre os princípios

Atualmente, já se consolidou o entendimento de que os princípios são modalidade de norma jurídica, ao lado das regras.

No processo penal, podemos falar em princípios constitucionais e princípios processuais penais propriamente ditos. Por sua vez, os princípios constitucionais podem ser explícitos ou implícitos.

1.2. Princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência ou da não culpabilidade

Previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, significa dizer que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Referido princípio possui dois principais desdobramentos: o primeiro, *de tratamento*, e, por esta razão, o réu não pode ser tratado como culpado enquanto não advir o trânsito em julgado da condenação.

O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que se exige o trânsito em julgado da condenação para que se dê início ao cumprimento da pena, o que é compatível com o princípio da presunção de inocência, nos termos do art. 5º, LVII, CF. Veda-se, com isso, a outra permitida “execução provisória da pena”. É possível que o agente seja preso antes do trânsito em julgado, é claro, mas desde que numa das hipóteses que autorize a prisão preventiva, consoante o art. 312, CPP (Plenário, ADC nº 43/DF, 44/DF e 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.19).

Esse atual entendimento passou, anteriormente, pelas seguintes fases:

É possível, conforme o STF, a execução provisória da pena, ou seja, iniciar o seu cumprimento antes de se esgotarem todos os recursos?			
1991	SIM	HC nº 68.726/RJ	Recurso extraordinário e especial são recebidos sem efeito suspensivo, de modo que a condenação por órgão de segundo grau não conflita com o princípio da presunção de inocência.
2009	NÃO	HC nº 84.078/MG	A prisão, antes do trânsito em julgado, só pode ser decretada a título cautelar, devendo ser observado que a LEP exige o trânsito em julgado para o início da execução da pena.
2016	SIM	HC nº 126.292/SP ARE nº 964.246/SP	O STF sempre se guiou, historicamente, pela possibilidade de execução provisória, de modo que não há colisão com a presunção de inocência. Além disso, RE e REsp não possuem efeito suspensivo, autorizando a execução da decisão condenatória de pronto. Após decisão condenatória de 2º grau não há mais análise de provas/fatos. Equilibra-se a presunção de inocência com a segurança social e a efetividade das decisões penais.
2019	NÃO	ADC 43, 44 e 54/DF	Antes do trânsito em julgado, só se permite prisão cautelar, baseada numa das hipóteses do art. 312, CPP. O art. 283 do CPP é constitucional, nos termos do art. 5º, LVII, CF.

Desta forma, atualmente, depois de muitas idas e vindas, fixou-se, que o art. 283, CPP, que exige o trânsito em julgado da decisão condenatória para que se inicie o cumprimento de pena, é constitucional, ou seja, compatível com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, CF. Veda-se, portanto, a execução provisória da pena. Esta decisão é vinculante, obrigando a todos os magistrados do Brasil, uma vez que foi tomada no âmbito do controle objetivo de controle de constitucionalidade (art. 28, p.ú., Lei nº 9.868/99). Esse cenário pode ser alterado no futuro, em razão da alteração da composição do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, esses foram os principais argumentos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio, relator das ações constitucionais, para proibir a execução provisória da pena:

- O texto literal do art. 5º, LVII, CF, não deixa dúvidas: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em sentido similar, o atual art. 283, CPP, com redação agora dada pela Lei nº 13.964/19, dispõe que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. A culpa

somente surge após o trânsito em julgado, sendo descabido inverter a ordem natural do processo criminal.

- A custódia provisória, antes do trânsito em julgado, só existe de forma cautelar, sempre associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada. A reforma processual promovida pela Lei nº 12.403/11 revelou ter sido essa a opção do Poder Legislativo.
- A execução “antecipada” pressupõe que, se alterado o resultado do processo, o estado anterior seja retomado, o que é impossível quando se fala em liberdade das pessoas.
- O abandono do sentido unívoco do texto da Constituição Federal gera perplexidades, de modo que se precisou declarar a constitucionalidade de um texto do CPP que remete o texto constitucional.
- Não há argumentos metajurídicos, mas apenas o texto literal da CF.
- O trânsito em julgado é um marco seguro para a severa limitação da liberdade, diante da possibilidade de reversão da decisão condenatória nas instâncias superiores.
- Pelo princípio do “terceiro excluído” (uma coisa é ou não é, não havendo espaço para meio termo), ou bem se alcança o trânsito em julgado, ou não há como se executar a pena de forma antecipada.
- O quadro atual de delinquência e de corrupção apenas exige que a marcha processual deve ser mais segura ainda, lastreada na lei e na Constituição Federal.

No mais, a jurisprudência da 3ª Seção do STJ, que reúne ambas as Turmas em matéria criminal, por maioria fixou que **não se admite a execução provisória de pena restritiva de direitos**, considerando o disposto no art. 147, LEP, que exige o trânsito em julgado da decisão condenatória (EREsp nº 1.619.087/SC, rel. p/ ac. Min. Jorge Mussi, j. 14.06.17). Neste sentido, editou-se a súmula nº 643 do STJ, dispondo que “a execução da pena restritiva de direitos depende do trânsito em julgado da condenação”. E o Plenário da Suprema Corte entendeu pela necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para o início da execução da pena restritiva de direitos (EDv no AgRg no RE nº 1.214.102/SC, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.06.20).

Por fim, quanto à execução da pena de multa, o art. 50, CP, exige, taxativamente, o trânsito em julgado para a sua execução. De igual modo prevê o art. 164 da Lei de Execução Penal, que condiciona a execução da pena de multa à certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado.

O segundo desdobramento é de cunho *probatório*, vale dizer que, por força deste princípio, deve recair sobre a acusação o ônus de provar a culpabilidade do réu.

O STF julgou improcedentes os pedidos de ações diretas de inconstitucionalidade movidas contra dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 (que dispõe sobre o sigilo das operações financeiras) e da Lei Complementar nº 104/2001 (que alterou o Código Tributário Nacional, para admitir o compartilhamento de informações sigilosas entre órgãos da administração pública, para fins

penais e de inscrição na dívida ativa tributária)¹. Com isso, fica dispensada a exigência de ordem judicial para o afastamento dos sigilos bancário, financeiro e fiscal, preconizando-se um sistema de compartilhamento de informações bancárias e financeiras entre diversos órgãos da Administração Pública.

Em um jogo semântico, não haveria propriamente “quebra de sigilo”, mas sim “transferência do sigilo” entre os bancos e os órgãos da Administração Pública, já que as informações seriam compartilhadas, mas o dever de sigilo persistiria. Claramente, ampliamos a possibilidade de ser deflagrada a investigação preliminar, inclusive sem notícia crime prévia, combatindo, mais uma vez, a presunção de inocência.

1.3. Princípio do contraditório ou da bilateralidade da audiência

Previsto no art. 5º, LV, CF. Decorre do brocardo *audiatur et altera pars* (“ouça-se a outra parte”) e objetiva (a) garantir a igualdade processual, colocando acusação e defesa num mesmo patamar dentro do processo e (b) a liberdade processual, permitindo ao acusado constituir um advogado e atuar no processo apresentando provas.

Corresponde ao binômio *ciência e participação*, de modo que devem as partes ser cientificadas da realização dos atos processuais, permitindo-se, ainda, que possam participar de toda a relação jurídica, influenciando no convencimento do magistrado². Há quem fale no trinômio *ciência, participação e poder de influência*, i.e., a possibilidade de a parte influir na decisão do julgador.

1.4. Princípio da ampla defesa

No processo penal, o direito de defesa pode ser exercido por meio da *defesa técnica* e da *autodefesa*.

A defesa técnica é patrocinada por advogado (se o réu for advogado, nada obsta que realize sua defesa técnica) e é indisponível. Assim, ainda que o réu não constitua advogado, deve o magistrado nomear-lhe defensor dativo, preferencialmente um defensor público. Caso não haja a nomeação do defensor, haverá nulidade no processo, nos termos do enunciado nº 523 da súmula do STF: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Se o réu não tiver advogado constituído ou este renunciar ao mandato, o juiz, antes de nomear-lhe um novo defensor, deverá intimar o réu, concedendo-lhe a oportunidade de constituir um patrono à sua livre escolha (STJ, HC nº 156.624/BA, rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.06.10; e HC nº 224.107/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.06.14). Nesse sentido, aliás, são as súmulas nº 707 e

1. STF. Informativos nº 814 e 815, de fevereiro de 2016 (Pleno – ADI’s 2386/DF, 2397/DF e 2897/DF).

2. Súmula 639 do STJ: Não fere o contraditório e o devido processo decisório que, sem ouvida prévia da defesa, determine transferência ou permanência de custodiado em estabelecimento penitenciário federal.

708 do STF (é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro; e constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo).

Não constitui violação ao princípio da ampla defesa a realização de entrevista pessoal e reservada entre preso e seu defensor através de parlatório, com utilização de interfones (STJ, AgRg no HC nº 631.9660/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23.11.21).

A defesa técnica precisa ser plena e efetiva – isto é, não basta a mera presença física do defensor, devendo ele apresentar suas razões de forma fundamentada; além disso, o defensor precisa ter o tempo mínimo necessário e os meios adequados para preparar a defesa (art. 8.2, c, CADH).

A **autodefesa** é patrocinada pelo próprio réu e, em regra, se materializa por ocasião do interrogatório. Vai se dividir em direito de audiência (direito de ser ouvido no processo) e direito de presença (direito de comparecer a todos os atos do processo, ainda que por meio de videoconferência). Ao contrário da defesa técnica, a autodefesa é disponível (facultativa), ficando a cargo da conveniência do réu o seu exercício.

Importante destacar, ainda, que, em sede de Tribunal do Júri, vigora o princípio da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, a, CF), permitindo-se ao réu valer-se de argumentos jurídicos e/ou metajurídicos, invocando teses sociológicas, filosóficas, econômicas, dentre outras.

1.5. Princípio da igualdade processual ou da paridade de armas (*par conditio*)

Decorrencia do próprio princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, CF, significa dizer que as partes devem ter as mesmas oportunidades de atuação processual e devem ser tratadas de forma igualitária, na medida das suas igualdades.

Para que haja a desejada igualdade, é necessário que as partes tenham “acesso às mesmas armas” (**princípio da paridade de armas**). Parte da doutrina (Nucci, 2007) afirma que há uma desigualdade inicial na persecução penal, principalmente quanto ao aparato investigativo. Por outro lado, tentando contrabalancear isso, o Código de Processo Penal defere instrumentos que são exclusivos da defesa, como o recurso de embargos infringentes e a possibilidade de revisão criminal *pro reo* apenas – temas que serão vistos oportunamente.

1.6. Princípio da imparcialidade do juiz

Não tem previsão expressa na Constituição Federal, decorrendo dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural; deriva do sistema acusatório e se trata de um direito previsto no art. 8.1 da CADH.

Não se deve confundir imparcialidade com neutralidade. Atualmente, parece haver um certo consenso em

torno da ideia de que a neutralidade não pode ser alcançada. Neutro, nenhum magistrado é, pois todos carregam consigo seus valores (éticos, morais, religiosos, familiares, ideológicos etc.).

A imparcialidade, todavia, corresponde apenas ao devido distanciamento do julgador em relação aos fatos que deve apreciar. Sob esta perspectiva, o julgador não apenas pode, mas deve ser imparcial. Se houver uma aproximação indevida entre o julgador e os fatos postos à sua apreciação ou com as partes envolvidas, haverá, fatalmente, a ocorrência de uma das hipóteses de suspeição (art. 254, CPP) ou impedimento (art. 252, CPP).

Atentar que a imparcialidade exige, antes, a independência do juiz, que deve julgar livre de pressões, coações ou influências externas; por isso as garantias trazidas pela Constituição Federal: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95).

1.7. Princípio da publicidade

Corolário do Estado Democrático, impõe que os atos processuais não estejam revestidos de segredo, o que pode gerar desconfiância acerca da sua legitimidade. Importante destacar que, nos termos do art. 5º, LX, CF, a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 792 do CPP).

Por outro lado, o sigilo não pode atingir o acesso aos autos da investigação. O que já foi devidamente produzido e está documentado será acessado. É o que se depreende da Súmula Vinculante nº 14, editada pelo STF em 2009, nos seguintes termos: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” Havendo denegação arbitrária de acesso, caberá mandado de segurança, sem prejuízo do manejo da reclamação constitucional, afinal, há súmula vinculante corroborando o acesso.

Adverta-se, entretanto, que o direito de acesso aos autos da investigação não abrange o prévio conhecimento de diligências que ainda serão realizadas, sob pena de absoluta imprestabilidade do inquérito. Desta forma, se, por exemplo, uma interceptação telefônica já foi concluída e está encartada nos autos, o advogado terá pleno acesso a ela (STF, HC nº 88.190/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.09.06); todavia, se a diligência investigativa está em andamento, o advogado não terá direito de acesso ainda (STF, AgRg na Rcl nº 22.062/SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. 15.03.16).

Em acréscimo, podemos visualizar algumas mitigações inerentes à publicidade, vejamos:

I – **Interceptação telefônica**: nos termos do art. 8º da Lei nº 9.296/1996, a interceptação ocorrerá em autos apartados, “preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições”. Naturalmente, uma vez documentadas e integradas aos autos da investigação e/ou processo, serão acessadas pelo advogado do indiciado ou do réu (art. 7º, inciso XIV, Lei nº 8.906/1994);

II – **Reconhecimento de pessoas:** a pessoa a ser reconhecida pode ser impedida de visualizar quem irá reconhecê-la, havendo um concreto receio de intimidação (art. 226, III, CPP);

III – **Risco de intimidação da vítima e/ou das testemunhas:** como na instrução processual a vítima e as testemunhas irão depor na presença do réu, se existir um sério risco de intimidação que possa influenciar os depoimentos, teremos as seguintes soluções:

III.a – Ouvir o ofendido e as testemunhas por sistema de videoconferência, ficando o réu na sala de audiência, ao lado do juiz (art. 217, primeira parte, CPP);

III.b – Deixar o réu no estabelecimento prisional, acompanhando todos os atos pela videoconferência, enquanto a vítima e as testemunhas são ouvidas presencialmente pelo juiz (art. 185, § 2º, III, CPP);

III.c – Não havendo tecnologia disponível na vara criminal, o réu será retirado da sala de audiência, prosseguindo a oitiva na presença do defensor (art. 217, parte final, CPP).

1.8. Princípio (ou mito) da verdade real

A busca da verdade real (ou material) constitui um dos princípios mais controversos do processo penal na atualidade. Por força deste princípio, caberia ao magistrado buscar a verdade, reconstruindo o que de fato ocorreu, ainda que além dos autos (superando o dogma do processo civil de que “o que não está nos autos não está no mundo”).

Atualmente, porém, existe certa divergência em sede doutrinária acerca da possibilidade de se alcançar a verdade real, que seria um dogma inatingível.

Por esta razão, alguns autores preferem falar em verdade processualmente construída, ou verdade humanamente possível.

1.9. Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural possui dois desdobramentos: em primeiro lugar, consagra a ideia de que o cidadão tem o direito de ser processado perante a autoridade competente (art. 5º, LIII, CF), isto é, magistrado devidamente investido na Jurisdição. Em segundo lugar, referido princípio obsta a criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, CF). Em outras palavras, tal princípio impede a criação de órgãos jurisdicionais pós-fato, como ocorreu com Tribunais internacionais, como os de Nuremberg, de Ruanda e da ex-Iugoslávia.

Importante ressaltar, porém, que o Tribunal Penal Internacional, ao qual aderimos expressamente, não constitui tribunal de exceção, pois o Estatuto de Roma, que o criou, dispõe que só serão julgados os fatos ocorridos após a sua criação.

1.10. Princípio do promotor natural

Há divergências em relação à existência deste princípio. O entendimento majoritário em doutrina, contudo, é no sentido de que existe o princípio do promotor natural e

ele se caracteriza pela proibição de designação arbitrária de membros do MP.

Assim, o postulado do promotor natural, que se revela inerente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela chefia da instituição, a figura do *acusador de exceção*. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público (na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício) quanto a tutelar a própria coletividade (a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei). A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da *independência funcional* e da *inamovibilidade* dos membros da instituição. O postulado do promotor natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável (STF, HC nº 67.759/RJ, rel. Min. Celso de Mello, 06.08.92).

1.11. Princípio do favor rei ou do favor réu

Como regra de tratamento, a dúvida milita em benefício do réu (*in dubio pro reo*). Por esta razão, só é lícito ao magistrado emitir decreto condenatório quando já não restar dúvida acerca da materialidade e autoria (ou participação).

Importante destacar que esta orientação não é imposta quando do recebimento da denúncia ou queixa-crime, bem como no momento da prolação da pronúncia, já que a certeza exigida na condenação não é necessária nos atos de evolução procedimental.

1.12. Princípio do devido processo legal

Nos termos do art. 5º, LIV, CF, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se do conjunto de normas, garantias e princípios que objetiva proteger os direitos do indivíduo. O processo é expressão de garantia contra eventuais arbítrios perpetrados pelo Estado. Como corolário do devido processo, teremos o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, e toda a carga protetiva constitucionalmente assegurada.

Tal princípio possui duas dimensões:

a) formal (*procedural due process*): protegem-se bens jurídicos por meio do processo/procedimento previsto em lei. É o devido processo legal na sua forma procedimental mais clássica.

b) material (*substantive due process of law*): não basta a aplicação formal/estrita da lei, é preciso observar uma aplicação adequada, proporcional, equilibrada, justa e razoável da lei (STF, ADI nº 1.511/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.10.96). Como bem assinala Dirley da Cunha Jr., “o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica [de valores] que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação,

justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins” (Curso, 2011, p. 49).

A proporcionalidade pode ser analisada pelos seguintes aspectos:

i) adequação: o ato praticado deve contribuir para a realização do resultado pretendido, ou seja, o ato deve ser **útil** ao atingimento do fim necessário.

ii) necessidade: deve-se adotar a **medida menos gravosa** aos direitos fundamentais, isto é, dentre os meios possíveis, deve-se escolher aquele que exigirá menos sacrifícios para a consecução do fim almejado.

iii) proporcionalidade em sentido estrito: é a **ponderação** entre ônus e benefícios do ato, ou seja, o equilíbrio entre o motivo que ensejou a prática do ato e a providência de fato adotada, de modo que as vantagens superem as desvantagens.

1.13. Princípio da economia processual

Foi o princípio que orientou o legislador constituinte derivado a aprovar, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). A celeridade e a informalidade, princípios expressos na Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais), decorrem da ideia de economia processual.

Naturalmente, a celeridade que se pretende no processo penal não pode, jamais, caminhar em descompasso com a preservação das garantias constitucionais. A razoável duração do processo corresponde à busca pelo equilíbrio: processo que não seja moroso a ponto de ensejar a impunidade, mas também não tão célere a ponto de não observar as garantias do investigado ou do réu. Mais recentemente, instituímos a prioridade na tramitação dos processos por crimes hediondos em todas as instâncias, por força da Lei nº 13.285/2016, inserindo o art. 394-A no CPP. Injustificavelmente, nada se falou dos crimes assemelhados a hediondo (tráfico de drogas, tortura e terrorismo), que fatalmente seguirão o mesmo comando de prioridade.

1.14. Princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)

Princípio de acordo com o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Este princípio não está expresso na Constituição Federal, mas é decorrência lógica dos princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e do direito ao silêncio.

O investigado ou o réu não são obrigados a fornecer material para exames de DNA, grafotécnicos, a participar de reprodução simulada dos fatos, a se submeter a exames de alcoolemia e nem a dizer a verdade. Assim, o acusado não pode ser constrangido a *adotar uma conduta ativa* que possa incriminá-lo; por isso, veda-se que ele seja forçado a fornecer padrões de grafia, de voz ou a participar da reconstituição do crime. Por outro lado, independe de sua vontade a obtenção de prova pela adoção de *comportamentos passivos*, de mera cooperação, como sendo uma figura de simples verificação, tal como o reconhecimento pessoal ao lado de outras pessoas parecidas.

Caso o agente dispense no lixo, voluntariamente, copo e colher utilizados – contendo seu DNA – nada impede a sua coleta pela polícia para realização de exame de DNA a fim de angariar elementos de prova, inexistindo violação à não autoincriminação (STJ, HC nº 354.068/MG, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13.03.18).

Pouco importa, ainda, a condição formal de investigado ou de réu. Ainda que se trate, por exemplo, de uma testemunha ou de um perito, não haveria que se falar em crime de falso testemunho ou falsa perícia (art. 324, CP) se eles negam, falseiam ou calam a verdade para não se incriminar.

Conforme entendimento do STF, é constitucional o tipo penal que prevê o crime de fuga do local do acidente (art. 305, CTB). A evasão do local do acidente não constitui exercício do direito ao silêncio ou do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Essas garantias apenas limitam o Estado de impor a colaboração ativa do condutor do veículo envolvido no acidente para produção de provas que o prejudique (ADC 35/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento virtual em 9.10.2020).

Por fim, importa destacar que, mesmo não havendo previsão constitucional expressa deste princípio, foi ele consagrado pelo Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e que tem *status* supralegal, conforme entendimento do STF.

1.15. Princípio da vedação às provas ilícitas

Prova ilícita é aquela que viola a norma (princípios e regras) constitucional e a norma infraconstitucional. A sua utilização é proibida constitucionalmente (art. 5º, LVI, CF). São inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (art. 157, CPP), pois adotamos a *teoria dos frutos da árvore envenenada*.

A jurisprudência do STF, todavia, admite a utilização das provas ilícitas em benefício do réu; a despeito de algumas manifestações doutrinárias (Fernando Capez) sustentando a possibilidade de, excepcionalmente, serem utilizadas provas ilícitas em benefício da acusação. Esta tese não é acolhida pela nossa jurisprudência.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1. Sistema inquisitivo ou inquisitorial

Neste sistema processual, adotado pelo Direito Canônico a partir do século XIII e que marcou o período da Inquisição, as funções de acusação e julgamento estão concentradas na mesma pessoa. O juiz-inquisidor acusa e ele mesmo julga. Cabe-lhe, ainda, produzir as provas que são coletadas em sigilo. Não há que se falar em contraditório ou presunção de inocência.

Neste sistema, como se percebe, o réu é visto mais como objeto do processo do que como sujeito de direitos. Para logo, se vê que este sistema é incompatível com os direitos e garantias assegurados constitucionalmente.

2.2. Sistema acusatório

Foi o sistema adotado no Brasil. Este sistema é diametralmente oposto ao sistema inquisitivo, pois caracteriza-se pela publicidade, contraditório e presunção de inocência. Além disto, a principal característica do sistema acusatório é que as funções de acusação, defesa e julgamento estão separadas. O órgão acusatório não se confunde com o julgador.

Na lição de Luigi Ferrajoli, “pode-se chamar *acusatório* todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei *inquisitório* todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa” (Direito, 2002, p. 452).

Convém esclarecer, todavia, que não adotamos o sistema acusatório puro, ortodoxo, pois, no Brasil, permite-se ao magistrado, excepcionalmente, produzir provas (art. 156, CPP), conceder *habeas corpus* de ofício. Permitia-se, até o advento da Lei Anticrime (Lei n. 13.964/19) até mesmo decretar medidas cautelares e decretar prisão preventiva de ofício durante o processo. A partir da entrada em vigor da mencionada Lei, esta atuação judicial de ofício passou a ser vedada.

Vale recordar, ainda, que com a Lei Anticrime foi acrescido ao Código de Processo Penal o art. 3º-A, em que consta expressamente a adesão ao sistema acusatório. Este dispositivo foi suspenso pela decisão liminar do Ministro Luiz Fux, no bojo do julgamento cautelar das ADI’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Por isto, continuamos a ter a adesão ao sistema acusatório – sobretudo por força do art. 129, I, CF, em que se deixa clara a separação das funções de acusar e julgar, ao outorgar ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública – mas não há expressa menção no CPP.

2.3. Sistema misto

Neste sistema, o processo é dividido em duas fases: a primeira, marcada pela inquisitividade, secreto, sem contraditório; a segunda, uma fase em que se observa o contraditório, permitindo-se o exercício do direito à ampla defesa.

Importante destacar que a existência do inquérito policial entre nós não torna o nosso sistema misto. Isto porque, em que pese ser o inquérito marcado pela

inquisitividade, ocorre em um momento pré-processual, de investigação preliminar, razão pela qual não podemos caracterizar nosso sistema processual com fundamento nele. É por esta razão que reiteramos que o nosso sistema é o acusatório.

3. FONTES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

3.1. Conceito

Corresponde à origem (local de onde provém) do direito.

3.2. Espécies

a) Material ou de produção

É o Estado. No Brasil, compete privativamente à União legislar sobre Processo Penal (art. 22, I, CF). Lei complementar federal pode autorizar os Estados e o Distrito Federal a legislar em questões específicas de interesse local (art. 22, parágrafo único, CF). A União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre criação, funcionamento e processo dos Juizados especiais (art. 24, X, c/c art. 98, I, CF), sobre Direito Penitenciário (art. 24, I e §§ 1º e 2º, CF) e procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, CF).

b) Formal ou de cognição

É a fonte que revela a norma. Pode ser:

b.1) Imediata ou direta: é a lei e os tratados.

b.2) Mediata ou indireta: são os costumes e os princípios gerais do direito.

Costumes consistem no conjunto de práticas sociais reiteradas que as pessoas obedecem pela convicção de sua obrigatoriedade; é esta convicção de obrigatoriedade que distingue os costumes do mero hábito.

O costume pode ser *contra legem* (deixa de aplicar a norma), *secundum legem* (de acordo com a norma) ou *praeter legem* (complementando a lei, preenchendo as suas lacunas).

Já os princípios gerais do direito correspondem a premissas éticas extraídas do ordenamento jurídico. A lei processual, por expressa previsão do CPP, pode ser suplementada pelos princípios gerais do Direito (art. 3º, CPP).

4. ENUNCIADOS DE SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA

♦ **STJ – Súmula 639.** Não fere o contraditório e o devido processo decisão que, sem ouvida prévia da defesa, determine transferência ou permanência de custodiado em estabelecimento penitenciário federal.

▼ TÍTULO I – DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

- I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional;
- II – as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, arts. 86, 89, § 2º, e 100);
- III – os processos da competência da Justiça Militar;
- IV – os processos da competência do tribunal especial (Constituição, art. 122, no 17);
- V – os processos por crimes de imprensa.

Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos ns. IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

1. BREVES COMENTÁRIOS

O CPP consagra a adoção do **princípio da territorialidade** (*locus regit actum*). Com isto, teremos a aplicação da lei processual penal brasileira aos crimes praticados em território nacional, ressalvadas, apenas, as exceções expressamente previstas em lei. Saliente-se, todavia, que o Brasil aderiu à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, § 4º, CF), podendo, portanto, entregar o autor de crime praticado em solo nacional, sendo espécie de jurisdição complementar à brasileira.

A primeira exceção prevista pelo artigo para aplicação da lei processual penal corresponde às normas de Direito Internacional. Nesta senda, devemos salientar que os agentes diplomáticos não estão sujeitos à lei (processual) penal brasileira. Os agentes consulares, por sua vez, de acordo com antiga e sedimentada jurisprudência do STF, estarão imunes à legislação nacional apenas quando praticarem infrações penais no exercício de suas funções (RHC 50.155/SP, Rel. Min. Barros Monteiro).

Ainda no que tange aos tratados internacionais, cumpre destacar que estes possuem *status* de norma constitucional quando versam sobre direitos humanos e se submetem ao processo legislativo das Emendas Constitucionais (art. 5º, § 3º, CF). Já os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que não tenham se submetido ao processo legislativo das Emendas Constitucionais serão recepcionados com *status* de norma supralegal, vale dizer, superior à lei ordinária e inferior à Constituição Federal. É o entendimento do STF, que decidiu que “o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil

torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto).

Também não se sujeitam à lei processual penal a chamada jurisdição política, consistente no julgamento pelos crimes de responsabilidade de algumas autoridades. Nestes casos, o julgamento ocorre perante o Legislativo. É o que ocorre nos julgamentos, perante o Senado Federal, do presidente e vice-presidente da República, por crime de responsabilidade, bem como de ministros de Estado e comandantes das Forças Armadas, nos crimes de mesma natureza e conexos com aqueles (art. 52, I, CF). De igual sorte, o julgamento dos crimes de responsabilidade praticados por ministro do STF, membro do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União (art. 52, II, CF).

Aos processos de competência da Justiça Militar não se aplicam as regras do CPP, cabendo a observância das regras insculpidas no Código de Processo Penal Militar. A ressalva prevista no inciso IV do artigo 1º, CPP, já não possui aplicação, na medida em que o Tribunal Especial a que se refere estava previsto na Constituição de 1937 (Tribunal de Segurança Nacional) e já foi extinto. De igual sorte, já não se aplica a ressalva relativa aos crimes de imprensa (inciso V), porquanto o STF considerou a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) não recepcionada pela CF/88 (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto).

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, no Processo Penal não se faz menção à extraterritorialidade da lei. Há, contudo, exceções, isto é, casos em

que poderíamos aplicar a lei processual penal brasileira, mesmo fora do país. Tourinho Filho aponta as seguintes exceções: a) aplicação da lei processual penal brasileira em território *nullius*; b) concordância do território estrangeiro em aplicar a lei processual

penal brasileira; c) territórios ocupados em tempo de guerra.

Devemos salientar que o CPP será aplicado subsidiariamente aos procedimentos especiais previstos em lei extravagante (ex.: Lei de drogas).

Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Consagra-se a adoção, entre nós, do princípio da aplicação imediata (ou princípio do efeito imediato) da lei processual. Portanto, no processo penal, vigora a regra do *tempus regit actum*, de onde podemos extrair duas consequências:

a) a lei processual penal aplica-se imediatamente;

b) os atos processuais já realizados são considerados válidos. Assim, se, por exemplo, a lei processual estabelece novas regras para a citação do acusado, as citações já efetuadas são válidas e a nova regra deverá ser aplicada às citações ulteriormente realizadas.

Percebemos que no Direito Processual Penal não vigora o princípio da irretroatividade ou princípio da retroatividade benéfica (art. 5º, XXXIX e XL, CF e art. 2º, CP), como ocorre no Direito Penal. Assim, benéfica ou maléfica, a lei processual será aplicada de pronto. Em sentido diverso, minoritário na doutrina, Aury Lopes Jr. sustenta que à norma processual penal aplica-se a regra da retroatividade benéfica, segundo a mesma rotina da lei material.

Questão palpitante diz respeito à solução para aplicação da lei mista (ou híbrida), entendida como aquela que comporta aspectos de direito material e direito processual. Nesta situação, na esteira do entendimento pacífico no STF, deve prevalecer o aspecto material, valendo a regra da retroatividade benéfica para o réu (HC 83.864/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). É dizer, cabe ao intérprete centrar-se na análise do **aspecto material**, e duas soluções se apresentam:

1) Se for benéfico, retroagirá, e a parte processual da lei terá aplicação a partir da sua vigência, já que os atos processuais eventualmente já praticados reputam-se válidos;

2) Sendo maléfico, não há retroação, e a parte processual da lei só é aplicada aos crimes ocorridos após a sua entrada em vigor, ou seja, nenhum aspecto da norma é aplicado aos delitos que lhe são anteriores.

Lei processual penal no tempo		
	Regra: lei estritamente processual	Exceção: lei mista ou híbrida
Noção	É a lei que contém apenas preceitos de direito processual.	É a lei que traz preceitos de direito processual e de direito penal.
Como se aplica	Aplicação imediata com preservação dos atos anteriores. Princípio do efeito imediato ou da aplicação imediata.	Não pode haver cisão. Prevalece o aspecto penal: se este for benéfico, a lei retroage por completo; se for maléfico, a lei não retroage.

2. ENUNCIADOS DE SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA

♦ **STJ - 501.** É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

1. BREVES COMENTÁRIOS

1.1. Interpretação da lei processual penal

1.1.1. Conceito

Consoante um conhecido conceito doutrinário, interpretar é a atividade de extrair da norma seu exato

alcance e real significado. Atualmente, porém, diferencia-se a norma do enunciado normativo, devendo ser salientado que não é a norma que é interpretada; ao revés, a norma deriva da interpretação do enunciado normativo. Assim, norma é o enunciado normativo interpretado/aplicado.

1.1.2. Espécies

I – Quanto ao sujeito que a elabora:

a) **Autêntica ou legislativa:** é a interpretação realizada pelo próprio legislador; pode ser contextual (realizada no próprio texto) ou posterior. A norma interpretativa possui *eficácia retroativa*, pois apenas esclarece o sentido da lei.

b) **Doutrinária ou científica:** realizada pelos estudiosos da disciplina, em artigos, ensaios, livros, comentários etc. Importante lembrar que as exposições de motivos dos Códigos constituem modalidade de interpretação doutrinária, pois não são texto de lei.

c) **Judicial ou jurisprudencial:** realizada pelos órgãos jurisdicionais, que são encarregados de dizer o Direito.

II – Quanto aos meios empregados:

a) **Gramatical, sintática ou literal:** leva em conta o sentido literal das palavras presentes no texto.

b) **Teleológica:** busca alcançar a finalidade da norma.

c) **Lógica:** utiliza critérios de raciocínio e conclusão para identificar o alcance do texto.

d) **Sistemática:** interpreta o enunciado normativo dentro do contexto do sistema normativo em que ele está inserido.

e) **Histórica:** para identificar o alcance e significado da norma, leva em consideração o histórico de sua edição, analisando, por exemplo, os debates, as emendas propostas, etc.

III – Quanto ao resultado:

a) **Declarativa:** há uma correspondência entre o texto da lei e a sua vontade.

b) **Restritiva:** a norma disse mais do que pretendia (*plus dixit quam voluit*), cabendo ao intérprete restringir seu alcance.

c) **Extensiva ou ampliativa:** a norma disse menos do que queria (*minus dixit quam voluit*), cabendo ao intérprete estender seu âmbito de aplicação. Interpretação extensiva é aquela em que o intérprete amplia o conteúdo da lei, quando ela disse menos do que deveria. No processo penal, podemos utilizar como exemplo as causas de suspeição do juiz (art. 254, CPP, *supra*), que também devem ser aplicadas aos jurados, porquanto estes também são juízes, embora leigos.

d) **Progressiva, adaptativa ou evolutiva:** é a interpretação que se adapta às mudanças político-sociais.

1.2. Analogia

Analogia é um processo de autointegração da lei, consistente na aplicação a um fato, não regido pela norma jurídica, de disposição legal aplicável a fato semelhante. Com isto, consagra-se a ideia de que “onde existe a mesma razão deve existir o mesmo direito” (*ubi eadem ratio, ibi eadem ius*). Releva salientar que a analogia é vedada no Direito Penal, salvo se beneficiar o réu (analogia *in bonam partem*). O processo penal, no entanto, não conhece a mesma vedação, pois, aqui, não se trata de norma penal incriminadora.

No mais, a analogia não se confunde com a **interpretação analógica**. Esta não é forma de integração, mas verdadeira *interpretação* da norma. Existirá quando, dentro da própria norma a ser interpretada, o legislador estabelecer uma fórmula genérica que permita abrir um leque de possibilidades, dentro, claro, do seu objetivo – ainda que isso seja prejudicial ao acusado. Exemplo: o art. 6º, IX, CPP, ao dispor que o delegado, quando tomar conhecimento de um delito, deverá averiguar a vida pregressa do indiciado sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e seu estado de ânimo e *quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação de seu temperamento e caráter*. Vê-se que a lei traz elementos por ela já sabidos e queridos, mas coloca uma expressão – aberta – que permite uma interpretação analógica, dentro do próprio texto legal. Logo, caberá à autoridade policial interpretar, no caso concreto, quais serão os elementos que contribuirão para a apreciação do temperamento e do caráter do investigado.

1.3. Princípios gerais do direito

Princípios gerais de direito são “postulados que procuram fundamentar todo o sistema jurídico, não tendo necessariamente uma correspondência positivada equivalente”. Constituem premissas éticas que fundamentam o ordenamento jurídico. Sobre o tema, afirma Júlio Fabbrini Mirabete que “o direito processual penal está sujeito às influências desses princípios como os referentes à liberdade, à igualdade, ao direito natural etc.”.

1.4. Aplicação subsidiária do CPC

O Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente ao Código de Processo Penal. Com isto, importante chamar a atenção para o fato de que a aplicação da legislação processual civil se adstringe àquelas situações em que a legislação processual penal for omissa. Trata-se, logo se vê, de uma clássica situação em que se recorre ao processo de autointegração do ordenamento jurídico, conhecido como analogia, que comentamos há pouco.

Como sabido, em março de 2015 foi aprovada a Lei 13.105, que institui o Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor em março de 2016. Curioso notar a redação do art. 15 do CPC/2015, nos seguintes termos: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas, supletiva e subsidiariamente”.

Uma leitura açodada do dispositivo legal poderia conduzir à equivocada impressão de que as disposições da nova legislação processual civil não poderiam ser aplicadas subsidiariamente, nas lacunas da legislação processual penal. Neste ponto, convém a realização de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Ora, a ausência da menção à legislação processual penal no art. 15 do CPC não altera o disposto no artigo do CPP em comento. Por esta razão, continua a ser válida a possibilidade de se recorrer à analogia para suprir as eventuais lacunas da legislação processual penal, razão pela qual nada obsta que se recorra, se for o caso, à legislação processual civil.

Contudo, é importante assinalar que referida aplicação do Código de Processo Civil deve ser, realmente, **subsidiária**. Não há qualquer razão para se recorrer ao Código de Processo Civil – ou a outra legislação – quando o CPP possui regramento expresso sobre o tema.

Recorremos a um exemplo: no Código de Processo Civil, a contagem dos prazos se dá em dias úteis, o que é uma novidade em matéria de processos judiciais no Brasil. Com efeito, dispõe o art. 219 do CPC: “Na contagem de prazos em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”. Mesmo antes do CPC/2015 entrar em vigor, existiam operadores do Direito sufragando a tese de que este novo regramento também deveria ser aplicado ao processo penal.

Não. O CPP tem regramento expresso em relação à contagem de prazos. Conforme seu art. 798, “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”. Desta forma, por mais que se repute adequada a contagem de prazos em dias úteis, à luz de nossa legislação, este tipo de contagem não pode ser aplicada ao processo penal.

Em sentido contrário, o Código de Processo Penal nada dispõe sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, como o faz o Código de Processo Civil, a partir do seu art. 976. Nesta situação, nada obsta – ao revés, tudo aconselha – que se aplique o regramento da novel legislação, por analogia, aos processos penais. Deste modo, também no âmbito do processo penal, é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

▼ TÍTULO II – DO INQUÉRITO POLICIAL

1. BREVES COMENTÁRIOS

1.1. Persecução criminal (*persecutio criminis*): perseguição do crime

Consiste no poder-dever do Estado investigar e punir as infrações penais. Divide-se em duas fases bem distintas:

a) Fase pré-processual (informativa, preliminar e inquisitiva): é a fase de investigação criminal, que antecede a instauração do processo. Esta fase é destinada à coleta de elementos relativos à materialidade (existência do crime) e autoria ou participação na infração penal.

O inquérito policial é a principal modalidade de investigação criminal. Além dele, podemos mencionar os inquéritos parlamentares das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), o inquérito policial-militar (IPM), o inquérito da polícia da Câmara dos Deputados ou Senado Federal (Súmula nº 397 do STF) e a investigação do Ministério Público.

Muito embora ainda parem controvérsias na doutrina acerca do poder de investigação do Ministério Público, a

jurisprudência admite a tese. Além disto, nos termos da Súmula nº 234 do STJ, o membro do MP que participou da fase de investigação não está suspeito nem impedido para o oferecimento da denúncia.

b) Fase processual: é o momento da persecução criminal em juízo, a ação penal.

1.2. Lei anticrime

A Lei Anticrime promoveu uma série de alterações no Código de Processo Penal. Algumas destas mudanças ainda ensejam polêmicas e controvérsias entre os operadores do Direito. É o caso da figura do juiz das garantias. Outras tantas mudanças, a despeito de merecerem menos holofotes por parte dos meios de comunicação, também alteram substancialmente a estrutura do processo penal no Brasil. É o que ocorre, por exemplo, com a mudança do art. 28 do CPP, cuja pretensão é a de fortalecer o sistema processual acusatório.

Vale recordar que o nosso Código de Processo Penal é de 1941, aprovado no auge da ditadura do Estado Novo, sob declarada inspiração do Código de Processo Penal da Itália fascista, idealizado pelo renomado penalista Arturo Rocco. Evidentemente, a estrutura normativa de um Código autoritário de viés ideológico fascista (ou de qualquer outra bandeira autoritária ou totalitária) é incompatível com as balizas democráticas de nossa Constituição Federal de 1988.

Por esta razão, o nosso Código sofreu, no decorrer das últimas décadas, uma considerável quantidade de alterações que, entre outras finalidades, pretendiam adequar o texto legislativo ao sistema constitucional. Mais do que isto, mais de uma vez houve a tentativa de elaboração de um novo Código de Processo Penal, e existe, em trâmite no Congresso Nacional, projeto nesse sentido.

A Lei Anticrime, ao promover substanciais mudanças no atual Código de Processo Penal, arrefece a probabilidade de aprovação iminente de um novo Código. Conforme veremos adiante, as mudanças levadas a cabo no Código de Processo Penal são muito mais robustas (quantitativa e qualitativamente) do que, por exemplo, as alterações no Código Penal. Vamos a elas.

1.3. Juiz das Garantias

1.3.1. Juiz das garantias e a imparcialidade do julgador

A primeira das relevantes mudanças promovidas pela Lei Anticrime no Código de Processo Penal foi a instituição da figura do juiz das garantias. O tema está tratado na atual redação do Código de Processo Penal entre os artigos 3º-A e 3º-F.

Até a instituição do juiz das garantias, a regra no nosso sistema era a de que o magistrado que tivesse atuado na fase pré-processual, decidindo sobre matérias afetas à investigação criminal e que dependessem de sua intervenção ficaria vinculado ao processo que se seguiria.

Com o juiz das garantias, teremos um magistrado atuando nesta fase de investigação criminal e que ficará

proibido de atuar na fase processual relativa àquela investigação. De modo mais simples, podemos dizer que o juiz que atuou na fase de investigação não poderá atuar na fase de processo.

A finalidade do instituto é reforçar a imparcialidade do julgador, mantendo-o distante dos fatos em um momento que antecede o processo judicial.

Para explicar melhor esta afirmação, devemos recordar que a imparcialidade é caracterizada pelo distanciamento do julgador da causa. Não se confunde com neutralidade (axiológica), cuja existência atualmente é bastante questionável. Com efeito, não se espera do juiz que ele seja neutro. Ninguém o é. Todos trazemos conosco nossas cargas valorativas, oriundas de nossa formação, princípios, educação etc., o que se espera (e a legislação exige) do julgador é imparcialidade, a qual deve estar consubstanciada no devido afastamento em relação à causa.

Antes da consagração do juiz das garantias, tínhamos esse afastamento mitigado do julgador em relação à causa, por força da atuação do juiz na fase de investigação, decidindo sobre questões a ela relativas em um momento no qual não havia contraditório. Com isto, o juiz passava a ter contato com a matéria, com a causa, sempre sob o ponto de vista da persecução, sem que se pudesse oportunizar o amplo contraditório.

Com o juiz das garantias, este julgador que atuar na fase de investigação, decidindo questões a ela relacionadas, não poderá atuar na fase processual. Consequentemente, o julgador que for atuar na fase de processo não terá conhecimento prévio da matéria, ou seja, já a conhecerá sob os auspícios do contraditório e da ampla defesa reforçando o seu distanciamento da causa em momento anterior ao início da instrução.

Procuramos deixar bem claro que o objetivo do juiz das garantias é, portanto, **reforçar** a imparcialidade do julgador. Com isto, pretendemos esclarecer que a instituição do juiz das garantias não significa que o sistema anterior não fosse compatível com a imparcialidade do julgador, ou, ainda menos, que os processos em trâmite ou encerrados em momento anterior à entrada em vigor da figura do juiz das garantias estiveram sob a condução de julgadores destituídos de imparcialidade. Tal afirmação, muito mais do que temerária, constituiria rematado absurdo.

É evidente que a imparcialidade do julgador já existia, era possível, alcançável e alcançada na larga maioria dos casos. O juiz das garantias – repita-se à exaustão – não pretende instituir, mas sim reforçar a imparcialidade do julgador.

1.3.1.1. Teoria da dissonância cognitiva

A psicologia social busca analisar como as influências sociais interferem no comportamento humano. O homem, no seu cotidiano, possui opiniões sobre variados assuntos, naturalmente a partir do conhecimento obtido das mais variadas formas. Algumas dessas opiniões são consonantes/coerentes, enquanto outras são dissonantes/incoerentes, normalmente quando se comparam duas ou

mais ideias. Leon Festinger (1919-1989), professor e psicólogo norte-americano, criou, a partir disso, a chamada *teoria da dissonância cognitiva*.

Emprestando as palavras do magistrado federal Flávio da Silva Andrade:

Festinger centrou seus estudos exatamente na tensão ou angústia psicológica que uma pessoa sente ao tomar consciência de que possui pensamentos ou crenças contraditórias (dissonantes) sobre algum elemento relevante, quando percebe que tem opiniões (cognições) discrepantes acerca de algum assunto de maior importância. Esse desconforto foi denominado de dissonância cognitiva. A coerência consigo mesmo e também com os outros é um sentimento que as pessoas valorizam muito. Por isso, quando suas ideias, sentimentos ou comportamentos entram em conflito, mostram-se incompatíveis, elas se sentem desconfortáveis, vivem uma situação de tensão decorrente da falta de harmonia (dissonância) entre dois pensamentos ou crenças relevantes (...). A dissonância cognitiva pode decorrer da inconsistência lógica entre duas ideias, pode advir de hábitos culturais diversos, da defesa de opiniões ou posições antagônicas ou ser reflexo de uma experiência passada. Surgirá no momento em que a pessoa ficar consciente de suas duas cognições relevantes e discrepantes (A dissonância, *in* Revista, v. 5, nº 3, 2019, p. 1654-1655).

Tendo em vista o assunto em estudo – juiz das garantias – já se consegue imaginar a relevância da teoria da dissonância cognitiva no Processo Penal. Se o mesmo magistrado atuar desde a coleta de elementos probatórios no curso das investigações até a prolação da decisão final, ele estará “contaminado” com crenças e opiniões iniciais que, provavelmente, não são mais as mesmas que passou a ter ao final do processo, já que recebeu novas influências no curso da persecução penal.

Continua Andrade:

Porém, o que Festinger descobriu – e acabou por tornar sua pesquisa tão marcante – é que a pessoa procura eliminar ou diminuir a dissonância mais pela mudança de atitudes pessoais do que pelo abandono da crença ou da opinião anterior. O indivíduo passa a buscar, de modo seletivo, informações correspondentes ou consonantes à sua crença, à sua primeira ação ou decisão (p. 1656).

Há diversos exemplos banais e cotidianos, como a pessoa que estaciona em vaga proibida e, depois, mesmo sabendo que realmente incorreu na infração de trânsito, busca alguma justificativa, como “era apenas por um minuto”, ou “não tinha ninguém precisando da vaga”, ou “a placa estava muito escondida”. Raramente a pessoa reconhece que errou e pede desculpas – pelo contrário, busca argumentos que corroborem seu comportamento inicial.

A partir desta breve explicação, pode-se empregar um exemplo no Direito Processual Penal. O magistrado recebe os autos com pedido do promotor de justiça pela decretação de prisão preventiva, ainda no curso das investigações; diante dos fatos, ainda em cognição sumária (rasa, perfunctória), decreta a medida cautelar; tempos depois, após instrução processual, esse mesmo juiz, já em cognição exauriente (profunda), nota que não há provas suficientes para a condenação. O juiz, neste caso, terá um

certo *desconforto* ao ter que reconhecer que, inicialmente, sua decisão (decretando a prisão) estava equivocada se comparada com a análise completa e atual dos fatos, não tendo, em princípio, meios para corroborá-la agora (para proferir sentença condenatória). O magistrado, obviamente, não irá fazer a decisão sumária se sobrepor à decisão exauriente, no entanto, buscará, de todos os modos possíveis, elementos, ainda que mínimos, para fazer manter sua opinião formada inicialmente – ainda que inconscientemente.

É justamente a partir desta ideia que alguns defendem a importância do juiz das garantias. O juiz das garantias, que teve conhecimento e formou sua opinião com base em elementos angariados num determinado momento da persecução penal (investigação), não poderá, depois, julgar a causa penal, já que arregimentados novos elementos de convicção neste momento, diante do contraditório e da ampla defesa, de modo a impedir que incorra em dissonância cognitiva, mantendo-se imparcial e deixando que outro juiz, que não está contaminado com qualquer tipo de opinião pretérita, julgue a demanda.

Com isso, evita-se que um juiz, que teve uma opinião formada no momento de investigação, se sinta “constrangido” a ter que alterá-la, agora no curso do processo, o que poderá prejudicar as partes e a prestação da jurisdição. Como visto, muitas vezes as pessoas buscam elementos – até mesmo forçados – para fazer subsistir a primeira crença. Isso, claramente, não pode ocorrer nos processos judiciais, já que o juiz deve atuar longe de paixões e estar sempre aberto à análise dos fatos. Acontece que o ideal nem sempre é o real. Daí a importância de se separar um magistrado para a apuração dos fatos e outro magistrado para o julgamento da causa.

1.3.1.2. Juiz das garantias, juizado de instrução e central de inquérito

Esses três institutos são distintos – juiz das garantias, juizados de instrução e centrais de inquérito – muito embora sejam, frequentemente, utilizados como sinônimos. Assim:

a) juiz de garantias: há a figura de um magistrado que atuará tão somente no controle de legalidade e salvaguarda de direitos fundamentais, desde o início das investigações até a sua conclusão, analisando o recebimento da inicial acusatória apenas e se o caso. Esse juiz não participa da instrução processual ulterior.

b) juizado de instrução: há a figura de um magistrado que preside a apuração de uma infração penal (não há inquérito policial). A função da polícia resta limitada à prisão dos infratores e a colher elementos probatórios, cabendo ao juiz, chamado de instrutor, colher todas as provas para instruir a ação penal ulterior (Mirabete, 2007).

c) central de inquérito: constituída por Lei de Organização Judiciária local (LOJ), trata-se de um setor dentro do Poder Judiciário local que concentra os atos relativos ao inquérito policial e seus incidentes. Assim, existe na cidade de São Paulo o DIPO, que é o Departamento de Inquéritos Policiais. Lá, atuam juízes responsáveis tão

somente pelos atos de investigação criminal (decretação de prisão, interceptações telefônicas etc.); já a instrução processual, no caso de oferecimento da inicial acusatória, é feita por outro juiz, numa das varas criminais. Por mais que se pareça com a figura do juiz das garantias, o juiz do DIPO, p. ex., não tem vedação para, depois, se transferido a uma vara criminal comum, julgar o caso em que ele próprio atuou na investigação; além disso, não é ele quem analisa o recebimento da inicial acusatória, mas o juiz da vara criminal. Assim, a central de inquérito não possui as mesmas características e nem mesmo os mesmos objetivos que o juiz das garantias; há, apenas, a *setorização* das funções judiciais conforme a fase da persecução penal.

1.3.2. Juiz das garantias não é investigador

É muito importante termos em mente que o juiz das garantias não é investigador nem agente público dotado de primazia ou evidência na fase de persecução criminal pré processual. Deste modo, as investigações criminais devem continuar a se desenvolver sob a presidência dos órgãos com capacidade de investigação (Polícia Judiciária, Ministério Público, Comissão Parlamentar de Inquérito etc.).

O magistrado – da mesma forma que funcionava no sistema anterior ao juiz das garantias – somente será chamado a atuar naqueles casos em que haja a necessidade de adoção de alguma medida acobertada pela cláusula de reserva jurisdicional, isto é, medidas que somente podem ser adotadas pelo julgador (interceptação telefônica, prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão domiciliar, etc.).

Conforme mencionamos, a distinção em relação ao sistema anterior reside no fato de que o juiz que atuar na fase de investigação criminal não poderá atuar na fase de processo penal. Mas o “juiz das garantias”, instituído pela Lei Anticrime, não significa que nosso sistema legislativo outorgou ao magistrado poderes de investigação ou concedeu-lhe destaque ou preponderância durante este momento da persecução criminal.

1.3.3. (In) constitucionalidade do juiz das garantias

Publicada a Lei nº 13.964/19 em 24 de dezembro de 2019, cerca de um mês depois, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, suspendeu a aplicação de diversos dispositivos, dentre os quais, os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, que tratam justamente, do juiz das garantias (ADI nº 6.298/DF, 6.299/DF, 6.300/DF e 6.305/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.01.20).

Basicamente, foram adotados os seguintes argumentos principais:

a) embora tenha sido concebido pela lei como norma processual penal, o juiz das garantias alterou materialmente a divisão e a organização dos serviços judiciários, o que ensejaria uma completa reorganização da Justiça Criminal brasileira, de modo que seus dispositivos são, principalmente, **normas sobre organização judiciária**, sobre as quais a competência para legislar é de iniciativa

do Poder Judiciário, o que não ocorreu no caso (art. 96, CF). Haveria, pois, **vício formal** de iniciativa.

b) a implementação do juiz das garantias gera **impacto financeiro ao Poder Judiciário**, notadamente no que tange à distribuição de pessoal e de materiais, além da própria criação e implementação de tecnologia para sua execução. Para tanto, seria necessária prévia dotação orçamentária instituindo os gastos por parte da União e dos Estados, o que não ocorreu, violando-se, assim, a autonomia financeira do Poder Judiciário (arts. 99 e 169, CF; e art. 113, ADCT). Haveria, pois, **vício material** em razão da falta de prévia dotação orçamentária.

Com a devida vênia, não nos parece haver qualquer inconstitucionalidade na Lei Anticrime, na parte que se

refere à instituição da figura do juiz das garantias. Trata-se de medida que altera competência funcional (e, portanto, questão de processo penal), e não organização do Poder Judiciário. A instituição do juiz das garantias não implica, necessariamente, criação de órgãos ou cargos, pois a previsão era, justamente, de utilização do aparato de que já dispõe o Judiciário para encontrar alternativas, tais como a utilização do sistema de substituição de juizes, que já existe. Por isso, não nos parece acertado fazer menção à ausência de dotação orçamentária, já que a medida não necessariamente implicaria aumento de despesas.

De todo modo, resta aguardar a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

1. BREVES COMENTÁRIOS

O art. 3º-A, CPP, acrescentado pela Lei nº 13.964/19, inova no sistema processual penal ao prever, expressamente, a **adoção do sistema processual acusatório**. Nota-se, de imediato, que o art. 3º-A, CPP, não guarda correspondência alguma com o juiz das garantias, muito embora tenha sido alocado ao lado dos arts. 3º-B a 3º-F, CPP. Justamente por isso, não havia necessidade de o Supremo Tribunal Federal ter suspenso a sua aplicação, por se tratar, tão somente, de norma enunciativa de um sistema já aplicado e consagrado há tempos (ADI nº 6.298/DF, 6.299/DF, 6.300/DF e 6.305/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.01.20).

Muito embora o entendimento majoritário em nossa doutrina já fosse no sentido de que o Brasil tinha aderido à estrutura acusatória de processo criminal, a legislação não era expressa nesse sentido.

A concepção majoritária caminhava no sentido de reconhecer o sistema processual pátrio como acusatório por força, sobretudo, do disposto no art. 129, I, CF, que, ao outorgar ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, sepultou os chamados “procedimentos judicialiformes”, até então existentes, por meio dos quais se permitia ao juiz iniciar o processo criminal de ofício, sem provocação anterior.

Por outras palavras, com o advento do atual texto constitucional, restou evidente que o juiz não poderia atuar como acusador. E vale recordar que a principal característica do sistema acusatório é que as funções de acusação, defesa e julgamento estão separadas. O órgão acusatório não se confunde com o julgador. Convém esclarecer, todavia, que não se adota, classicamente, o sistema acusatório puro, ortodoxo, pois, no Brasil, permite-se ao magistrado, ao menos consoante o texto legal ainda vigente e não alterado pela Lei nº 13.964/19, excepcionalmente, produzir provas

(art. 156, CPP) e conceder habeas corpus de ofício, por exemplo.

Ocorre que tantas eram – e ainda são – as exceções à inércia do julgador, que significativa parte da doutrina chegou a questionar se realmente o Brasil tinha um sistema acusatório ou se a separação das funções de acusar e julgar não seria meramente formal, mas estaria mantida a estrutura inquisitiva em que se permite ao juiz substituir-se à função do acusador.

A redação do art. 3º-A, CPP, não apenas **faz previsão expressa da adesão do nosso sistema processual à estrutura acusatória**, mas **também veda a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação**. Por outras palavras, quem deve produzir a prova é o Ministério Público, e não o julgador.

Importa destacar, porém, que a Lei nº 13.964/19 não promoveu a expressa revogação do art. 156, CPP, que permite ao juiz produzir prova de ofício nos seguintes casos: (I) ordenar, *mesmo antes de iniciada a ação penal*, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; e (II) determinar, *no curso da instrução*, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O entendimento que deverá prevalecer, todavia, é no sentido de que o inc. I do art. 156, CPP, restou tacitamente revogado, por permitir a atuação probatória do juiz, de ofício, no curso das investigações, o que é vedado pelo art. 3º-A, CPP. Quanto ao inc. II do art. 156, CPP, ainda haverá grandes debates, uma vez que não há convergência de entendimentos quanto à possibilidade de o juiz, no curso do *processo judicial*, determinar a produção de provas de forma excepcional. Num sistema acusatório puro, isso seria vedado; a questão é saber se o Processo Penal brasileiro atual possui tal característica. Sustenta-se que o juiz da

instrução poderá, de forma excepcional e subsidiariamente às partes, determinar a produção de provas de ofício a fim de solucionar dúvida sobre ponto relevante, mas sem substituir o papel da acusação, é claro. Há julgados

do STJ, posteriores à Lei Anticrime, admitindo a atuação supletiva do juiz no curso do processo (AgRg no HC nº 674.306/MG, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14.06.22). Resta aguardar como a jurisprudência entenderá.

Art. 3º-B. 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, competindo-lhe especialmente:

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

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

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

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

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

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;

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;

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;

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

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

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;

XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

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

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;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

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

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

§ 1º 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 videconferência.

§ 2º 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.

1. BREVES COMENTÁRIOS

O art. 3º-B, CPP, dispõe 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, e traz, na sequência, um rol com dezoito incisos com atribuições do magistrado.

Dessa forma, de acordo com o explicado anteriormente, o juiz das garantias, atuante no curso das investigações criminais, possui, basicamente, duas funções: (a) controlar a legalidade, em sentido amplo, da investigação em si e (b) resolver, deferindo ou não, medidas que exijam uma ordem judicial prévia.

Uma atuação não exclui a outra, mesmo que concomitantemente, considerando que o magistrado, ao decidir por um requerimento feito, também realiza o controle de legalidade das investigações em curso – até porque, há situações em que, necessariamente, apenas o juiz pode decidir e haverá, obrigatoriamente, um controle de legalidade do ato, como a autorização para prorrogação de uma investigação, por exemplo.

1.1. Controle de legalidade

O magistrado exerce papel fundamental na verificação de compatibilidade dos atos praticados no curso da investigação (e do processo judicial) com as normas legais, aqui consideradas em sentido amplo, abarcando tanto as leis quanto a Constituição Federal.

A Lei nº 13.964/19 traz algumas situações, não exaustivas, relativas a esse controle:

a) receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do art. 5º, LXII, CF.

b) receber o auto de prisão em flagrante, nos termos do art. 310, CPP.

c) zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar seja ele conduzido à sua presença a qualquer tempo.

d) ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal.

e) 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, nos termos do Código de Processo Penal

ou legislação pertinente. Nada impede seja utilizada videoconferência.

f) prorrogar o prazo de duração do inquérito policial, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia. O Ministério Público deve ser ouvido, uma vez que é o titular da ação penal pública.

g) determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou prosseguimento – leia-se: manifesta atipicidade ou patente causa extintiva da punibilidade. Nesse caso, a decisão possui natureza jurídica de concessão de ordem de habeas corpus de ofício, sendo cabível a interposição de recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, X, CPP.

h) requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento das investigações.

i) assegurar prontamente, quando 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.

j) deferir o pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a prova pericial.

k) decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação.

l) decidir outras matérias inerentes à função nesta etapa de investigação.

1.2. Reserva de jurisdição

Há atos, no curso das investigações, que demandam uma ordem judicial para poderem ser praticados, considerando a intrusão em certos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, não pode o delegado de polícia, por sua livre iniciativa, resolver interceptar o telefone do investigado, considerando que o art. 5º, XII, CF, dispõe ser inviolável a comunicação telefônica, salvo por ordem judicial e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal. E há outras situações que exigem decisão judicial do mesmo modo, ainda que não haja previsão expressa, na lei, acerca da atuação do magistrado.

De acordo com Ali Mazloum, “a reserva de jurisdição surge de forma específica e explícita, significando a impossibilidade de outro órgão, autoridade ou pessoa praticar certos atos que possam penetrar o núcleo de um Direito Fundamental, matéria reservada ao Judiciário, ainda que a fase da investigação criminal esteja sob a responsabilidade de órgãos de outros poderes. A Reserva de Jurisdição, concebida para relativizar direitos, como a liberdade, a inviolabilidade do domicílio, o segredo das comunicações em geral, por se dar pela via única da atividade judicante, constitui irrefragável garantia contra o abuso. A atuação da jurisdição simboliza o Estado de Direito, na medida em que as decisões judiciais representam o resultado de uma ponderação de valores protegidos em face de outros de igual relevância, como o são a segurança da sociedade, o direito de punir do Estado, entre outros interesses públicos” (Reserva, 2016, p. 27).

Desta feita, sempre que se fizer necessário intervir num direito fundamental de forma mais incisiva no curso de uma investigação criminal, exigir-se-á uma ordem judicial previamente. É claro que a instauração de uma investigação, por si só, não viola direitos fundamentais, mas, sempre que a dignidade da pessoa humana – numa concepção mais ampla – for potencialmente atingida de forma negativa, a decisão acerca da prática do ato dependerá de uma ordem partida de um magistrado.

É nesse sentido, portanto, que a Lei nº 13.964/19 dispõe que caberá ao juiz das garantias:

a) decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar.

b) decidir sobre o requerimento de produção de provas antecipadas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral. Nada impede o uso de videoconferência.

c) decidir sobre os requerimentos de: interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; busca e apreensão domiciliar; acesso a informações sigilosas; e outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais dos investigados (apenas quando a legislação exigir decisão judicial).

d) julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da inicial acusatória.

e) determinar a instauração de incidente de insanidade mental.

f) decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399, CPP.

g) decidir outras matérias inerentes à função nesta etapa de investigação.

1.3. Audiência de custódia

O § 1º do art. 3º-B, CPP, havia sido vetado inicialmente pelo Presidente da República. A redação inicial dispunha que o juiz das garantias, ao realizar a audiência de custódia ao *preso em flagrante* ou ao *preso por força de mandado de prisão provisória* (i.e., preventiva ou temporária), *não poderia utilizar a videoconferência*.

A rejeição do veto presidencial pelo Poder Legislativo comporta duas análises.

De um lado, **positivamente**, passa a garantir, por meio de lei, a realização da audiência de custódia ao preso em flagrante e ao preso por força de mandado de prisão³ – enquanto que o art. 310, CPP, dispõe que será feita audiência de custódia apenas ao preso em flagrante (redação também dada pela Lei nº 13.964/19, por incrível que pareça).

3. O art. 13 da Res. 213/15, CNJ, já dispunha que “a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução”. Há, também, precedente da Suprema Corte afirmando expressamente que a audiência de custódia não restringe às situações de prisão em flagrante (Rcl nº 34.360/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07.05.19).

De outro lado, **negativamente**, veda, sem explicação plausível, a realização de audiência de custódia por videoconferência. O Conselho Nacional de Justiça editou a Res. nº 329/20, com redação atualizada pela Res. nº 357/20, CNJ, permitindo expressamente a utilização de videoconferência⁴. De igual modo é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵. Não fosse suficiente, o Enunciado nº 30 da 1ª Jornada de Direito e Processo Penal do CJF dispõe que “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”.

É de se lembrar que o interrogatório do acusado pode ser feito por (art. 185, § 2º, CPP), assim como a inquirição de testemunha com temor (art. 217, CPP) e a testemunha de fora da terra (art. 222, § 3º, CPP). E tudo isso está positivado há mais de uma década já.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho da Justiça Federal admitem a utilização de videoconferência para a realização da audiência de custódia⁶, mas, de outro lado, a redação da “atual” Lei Anticrime veda expressamente referido recurso tecnológico.

Destaca-se, por fim, que o instituto do *juiz das garantias* está suspenso pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 6.298/DF, 6.299/DF, 6.300/DF e 6.305/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.01.20). Acompanhemos como o Pleno decidirá.

1.4. Prorrogação do inquérito policial

Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito policial por até 15 dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada (art. 3º-B, § 2º, CPP). Trata-se, claramente, do caso de prisão preventiva.

O inquérito policial, como será estudado, quando o agente estiver preso preventivamente, deve ser finalizado, em regra, em 10 dias a partir da execução da ordem de prisão. Com a nova previsão legal, o juiz poderá, através de representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar o prazo de conclusão (10 dias) por até mais 15 dias, uma só vez. Se, findo o prazo, a investigação não tiver sido concluída, a prisão deverá ser imediatamente relaxada.

Art. 3º-C. 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.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º 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.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à

4. O art. 19 da Res. nº 329/20, CNJ, dispõe que “admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial”.

5. 2ª T., AgRg no HC nº 198.399/BA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.04.21; 1ª T., AgRg na Rcl nº 45.349/SP, rel. Min. Rosa Weber, j. 08.04.21.

6. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, anteriormente à alteração da Res. nº 213/15 do CNJ, que não seria possível a realização de audiência de custódia on-line em razão da falta de previsão neste sentido (HC nº 168.522/PR, rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.12.19). Agora, com a novel redação da norma do CNJ, o Tribunal da Cidadania tende a alterar sua posição, diante do permissivo exposto.

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.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

1. BREVES COMENTÁRIOS

A redação do art. 3º-C, dada pela Lei Anticrime, é categórica no sentido de que a figura do juiz das garantias deveria se aplicar a todas as infrações penais, excepcionando-se, apenas, aquelas tidas como de menor potencial ofensivo, vale dizer, as contravenções penais e os crimes com pena máxima de até dois anos. Para estes casos, aplica-se a Lei de Juizados Especiais, e seu rito sumarríssimo.

Inicialmente, no julgamento da medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299 e 6.300, o Ministro Dias Toffoli, dando interpretação conforme à Constituição a este dispositivo, entendeu que estariam fora do âmbito de abrangência do juiz das garantias os processos envolvendo: a) competência originária dos Tribunais, regidos pela Lei n. 8.038/90; b) Competência do tribunal do júri; c) Violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340/06); d) Competência da Justiça Eleitoral.

Posteriormente, conforme já asseveramos, o Ministro Luiz Fux (relator das ações mencionadas) revogou esta decisão.

1.1. Recebimento da inicial acusatória

O art. 3º-B, XIV c.c. o art. 3º-C, § 1º, CPP, determina que cabe ao juiz das garantias decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do *art. 399, CPP*; e, uma vez recebida, as questões pendentes (ainda não analisadas pelo juiz) serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

A Lei nº 13.964/19 vacilou ao mencionar o art. 399, CPP, como sendo o momento do recebimento da inicial acusatória. Isso porque – e o assunto está pacificado tanto na doutrina quanto na jurisprudência – definiu-se, há muito tempo, que o momento do recebimento da inicial é no *art. 396, CPP*, i.e., após o seu oferecimento, o juiz analisa se a recebe ou se a rejeita. Recebendo, manda citar o agora acusado para oferecer resposta à acusação. Isso porque, a citação pressupõe o início da formação de um processo, de modo que não haveria razão lógica citar o acusado para, só depois disso, o magistrado realizar o juízo de admissibilidade – o contrário seria citar o acusado sem um processo formal iniciado ainda.

Assim, “após a reforma legislativa operada pela Lei 11.719/2008, o momento do recebimento da denúncia se dá, nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal,

após o oferecimento da acusação e antes da apresentação ode resposta à acusação” (STJ, RHC nº 81.345/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 28.03.17).

Desta forma, o juiz das garantias analisa o recebimento da inicial acusatória, cf. o art. 396, CPP. Uma vez tendo sido recebida, a competência passa a ser do juiz da instrução, que verificará se é o caso de absolvição sumária (art. 397-A, CPP) ou se já designará audiência de instrução e julgamento (art. 399, CPP).

Há posição sustentando que o legislador foi proposital ao mencionar o art. 399, CPP, uma vez que o juiz das garantias teria competência até esse momento, i. e., ele analisaria o recebimento da denúncia ou queixa e, também, o próprio mérito neste momento, podendo até mesmo absolver sumariamente o acusado. Com a devida vênia, essa posição não deve prosperar, sob pena de o próprio sistema criado pela Lei nº 13.964/19 cair por terra. Ora, criou-se, como será visto, um novo esquema de tramitação da fase investigativa para a fase instrutória. Se se permitir que o juiz das garantias avance sua competência para além da análise de admissibilidade da exordial, restará esvaziada a competência do juiz da instrução, que apenas presidirá uma audiência e preferirá sentença, o que é inconcebível. Além do mais, o juiz das garantias estará contaminado com os elementos produzidos no curso das investigações, de modo que não poderá analisar o mérito da ação penal movida pelo órgão acusatório. Basta ver que o juiz que funcionar na fase de investigação fica impedido de funcionar no processo, de modo que o limite de atuação do juiz das garantias é a análise de recebimento da inicial.

A melhor solução, portanto, é entender que o legislador se equivocou ao mencionar o art. 399, CPP, e não que se trata de uma opção legal.

1.2. Reexame das medidas adotadas no curso das investigações

As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução, que, após o recebimento da denúncia ou queixa (pelo juiz das garantias), deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso (determinadas pelo juiz das garantias), no prazo máximo de 10 dias (art. 3º-C, § 2º, CPP).

Nesse sentido, as medidas determinadas pelo juiz no curso da investigação, por óbvio, não vincularão/obrigarão o juiz da instrução. Sejam porque são fases distintas, sejam porque são magistrados distintos, cada um tem a

sua função dentro do sistema processual penal. Finda uma fase investigativa, inicia-se outra, com um novo juiz, com um novo olhar e com uma nova opinião jurídica motivada. Se o juiz das garantias autorizou uma interceptação telefônica, nada impede que o juiz da instrução reconheça a ilegitimidade da medida e a anule.

Especificamente quanto às medidas cautelares em andamento, o juiz da instrução terá o prazo de dez dias para reexaminá-las. Assim, é possível que, por exemplo, o juiz das garantias, durante a investigação, decrete a medida de recolhimento domiciliar (art. 319, V, CPP) em desfavor do investigado. Após o recebimento da denúncia, nada impede que o juiz da instrução, considerando desnecessária a medida, revogue-a.

1.3. Acautelamento dos autos da investigação

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 irrepitíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. Não haverá, claramente, a destruição de parte dos autos, mas apenas a sua devida guarda.

A medida é salutar, pois a instituição do juiz das garantias é justamente para afastar o julgador do feito das diligências realizadas sem amplo contraditório, durante a investigação criminal. Ora, pouco adiantaria se instituir a figura do juiz das garantias para atuação exclusiva durante a fase de investigação se fosse franqueado ao juiz da instrução e julgamento o mais amplo acesso a todas as diligências por ele produzidas. O objetivo, como já sabido, é não contaminar o juiz da instrução com as investigações produzidas.

Por outro lado, é de se destacar que o dispositivo legal ressalva “os documentos relativos às provas irrepitíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado”. A referida menção é válida e pertinente, haja vista o fato de que as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, produzidas durante a investigação criminal podem até dar ensejo à fundamentação de uma decisão judicial (art. 155, *caput*, CPP), como será estudado oportunamente. Caso não sejam enviados ao juiz da instrução, o Ministério Público providenciará a sua juntada.

Em complemento, os autos relacionados à atuação do juiz das garantias ficam à disposição das partes. O afastamento cognitivo das mencionadas diligências deve se referir ao juiz da instrução e julgamento, e não às partes que, ao revés, podem atuar desde a fase de investigação.

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. 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.

1. BREVES COMENTÁRIOS

O art. 3º-D, CPP, dispõe que o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º, CPP, ficará impedido de funcionar no processo.

Passando os olhos pelos artigos 4º e 5º, CPP, verifica-se que são regras acerca da tramitação comum do inquérito policial, ou melhor, sobre a forma de instauração/início do inquérito policial. A bem da verdade, o legislador – novamente – parece ter se equivocado ao mencionar os dois dispositivos legais. O que se pretendeu, imagina-se, foi reforçar que o magistrado que atuou nas investigações não poderá, depois, funcionar na sua instrução processual.

É preciso ressaltar que o impedimento do juiz das garantias não será ocasionado em razão da prática de qualquer tipo de ato pelo julgador, mas tão somente aquele que, efetiva ou potencialmente, puder comprometer a sua imparcialidade. Imagine, por exemplo, que o juiz recebe a

comunicação do Ministério Público de que foi instaurado procedimento investigatório criminal. Esse juiz sai de férias e, na volta, retorna agora ocupando o cargo de juiz de instrução e julgamento. Obviamente, nesse caso, ele poderá, perfeitamente, julgar a ação penal proposta, uma vez que não praticou ato algum que pudesse interferir na sua imparcialidade. Diferentemente seria, por exemplo, se houvesse decretado uma prisão provisória ou uma quebra de dados sigilosos.

Em suma, apenas atos que realmente possam interferir na imparcialidade do julgador é que o impedirão de funcionar como juiz da instrução processual. Meros atos formais e sem conteúdo decisório serão irrelevantes para fins de impedimento.

Por fim, a atuação do membro do Ministério Público na fase de investigação não o impedirá, depois, que atue na fase processual de instrução, até mesmo em respeito ao princípio do promotor natural. Em sentido similar é a 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”), datada de 1999.

O art. 3º-D, p.ú., CPP, prevê que, nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições referentes ao juiz das garantias.

Críticas não são poucas aqui. Numa cidade grande ou numa capital, a existência de juízes de garantias e de juízes de instrução não trará, na prática, grandes dificuldades, ainda mais considerando o processo eletrônico – apenas ressaltando que poucos locais possuem inquérito policial eletrônico.

A questão, como se vê, diz respeito às pequenas cidades, de vara única (que acumulam toda sorte de feitos, como cível, ambiental, júri, criminal, família, criança e adolescente etc.), em que há um juiz apenas. E, geralmente, essa cidade pode estar a algumas centenas de quilômetros de distância de outra, que também conta com um só juiz – ou, pior, o cargo é vago, ocupado eventualmente apenas por juízes substitutos por poucos meses, ou mesmo semanas.

Não poderia a lei processual ter se imiscuído sobre assunto reservado à organização judicial. Cabe, isso sim, à lei local, de iniciativa do Poder Judiciário, tratar sobre *como* (de que forma) se dará a implementação do sistema de garantias em comarcas de vara única, de difícil lotação etc. Nesse ponto, então, há patente inconstitucionalidade.

Art. 3º-E. 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.

1. BREVES COMENTÁRIOS

A determinação de nomeação de juiz das garantias, mediante a observância de critérios objetivos, vai ao encontro do princípio do juiz natural, como não poderia deixar de ser. Não fosse assim, a designação de magistrados estaria ao alvitre de casuísmos incompatíveis com o devido processo legal.

Por outro lado, conforme se extrai a partir da redação do dispositivo de lei em análise, o legislador não estabeleceu quais seriam estes critérios, respeitando a autonomia dos Tribunais, para atuarem conforme as respectivas normas de organização judiciária.

Art. 3º-F. 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.

1. BREVES COMENTÁRIOS

O juiz das garantias deve resguardar os direitos individuais dos investigados. E isto abrange a tutela de sua imagem e vida privada. Evidentemente, há uma questão muito delicada no que concerne à contraposição entre o direito à imagem do preso e o interesse público na divulgação de informações que podem promover a elucidação de outros tantos crimes. Contudo, é meramente aparente a contradição entre estas duas questões.

Com efeito, é plenamente possível que haja a divulgação de informações em torno da investigação – que atendam ao interesse público e não comprometam a realização das diligências – e que, concomitantemente, não ocorra a exposição abusiva da imagem do preso. Não se pode olvidar que referida exposição abusiva traz efeitos extremamente deletérios, sobretudo quando, ao final das investigações, constata-se a inocência do investigado, que teve sua vida, honra e imagem devassadas por uma publicidade assaz pejorativa.