

Direito Processual Penal I

Faculdade de Direito da UFMG
Ana Clara Pereira Oliveira
Professor(a): Felipe
2015/1º - Diurno

Aula zero

Discussões: democracia e direito

- A jurisdição deve ser o principal espaço de efetivação de direitos?
- A solução para efetivarmos os direitos fundamentais seria aumentar, os os investimentos no poder judiciário?
- O processo deve ser a única maneira do Estado punir ou sancionar o cidadão. Isso traz segurança social e garante a democracia.

I. Estado Democrático de Direito

I.1) Dissecando o conceito:

a) **Estado de Direito**: No Estado de Direito prevalece o princípio da **isonomia**¹ por meio da própria **igualdade formal** (todos são iguais perante a lei), da **liberdade negativa**² e da **equidade**. Mas atenção, o Estado de direito não é obrigatoriamente uma democracia. O Estado soviético, por exemplo, era de Direito, porém, não democrático. Podemos considerar o Estado de Direito como uma espécie de escudo contra a arbitrariedade em geral. Tal arbitrariedade pode ser, por exemplo, por parte de um membro do Estado (porém, nunca do próprio Estado, lembrando que o Estado também é composto pelo povo).

b) **Estado Democrático e o Processo Penal**: No Estado democrático a maneira de auferir a vontade social é por meio do desenvolvimento de leis, porém, o resultado final positivado não respeita a vontade de todos os indivíduos que serão por ele afetados. Por isso, antes da sanção efetiva, todos os interessados (ou seja, aqueles que serão afetados) devem buscar a participação efetiva. No processo penal, os afetados/participantes são o acusado, o ministério público (representando a sociedade)

¹ Equiparar para buscar e auferir igualdade entre os sujeitos de direito.

² Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei.

II. Princípios de Processo Penal

a) **Instrumentalidade**: Várias ideias existem em torno desse princípio. Uma delas é a do processo como um instrumento o qual possibilita as garantias de determinado caso concreto. Também há a ideia de que o processo é o instrumento para dirimir conflitos, pacificando-os da melhor maneira possível.

b) **Autonomia do Processo**: O processo é uma construção complexa e totalmente nova. Ele pode se considerar autônomo, partindo de tal ponto de vista. Além disso, com a evolução do direito, o campo do processo passou a ser tratado de forma desvinculada das outras matérias (obviamente, não de forma absoluta). A partir da "quebra" com antigas dogmáticas formais, o direito processual passa a ser visto como uma ciência propriamente dita, ganhando a mencionada autonomia em meio à ciência jurídica. Por conseguinte, o direito processual passa a ter seu **objeto próprio**, assim como sua **metodologia** e **estrutura** sistemática.

c) **Presunção de inocência**: A origem de tal princípio remonta o brocardo - "É preferível absolver um culpado do que condenar um inocente com base em meras suspeitas" (*in dubio pro reu*). No Brasil, a presunção de inocência apareceu formalmente na Constituição de 88.

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(EC nº 45/2004)

LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

- **Consequências:**

(1) **Regra³ Probatória**: de acordo com o art. 156, ao apontar a denúncia, o MP deve apontar as provas da tipicidade, enquanto a defesa deve provar que a conduta não foi nem ilícita nem culpável, nesse sentido, caso ela falhe em provar, a conduta será ilícita e culpável. Porém, se partirmos do ponto de vista democrático, utilizando-se o princípio da presunção da inocência, caso a defesa se mantenha inerte em provar a inocência, esta restará presumida. Assim, o ônus da comprovação do crime recai apenas sobre o Ministério Público. Em suma, é a **acusação** que **deve provar** um fato típico, antijurídico e culpável, com suas circunstâncias relevantes. Ao réu, em virtude dos princípios constitucionais mencionado, cabe, somente, opor-se à pretensão acusatória, não alegando fato algum. Assim, o caput do artigo 156 é totalmente equivocados. As eventuais dúvidas quanto às alegações defensivas, principalmente no que diz respeito às excludentes

³ Regra, em Alexy, é ou não é, ou seja, não admite graus de aplicação. Diferente do princípio, que o admite.

de ilicitude e de culpabilidade conduzem à **absolvição do acusado** (artigo 386, VI, do CPP).

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

(2) Regra de Julgamento/Juízo: qualquer ato judicante que possa afetar o indivíduo, se não estiverem preenchidos os requisitos (inclusive os probatórios) será adotado o "*in dubio pro libertatis*⁴". Ou seja, caso não haja certeza, o juiz não irá condenar o réu.

(3) Princípio de tratamento

3.a) Interno

3.b) Externo

d) Princípio do contraditório:

(1) Origem: até mesmo na inquisição, havia a possibilidade do réu ser ouvido (após ser submetido à tortura) mesmo que se configurando como uma forma ineficaz e opressiva, pode ser entendida com forma de participação do indivíduo acusado. O contraditório passa a ser concebido, pós revolução francesa, como *audiatur et altera pars*, ou direito das partes se ouvirem e se fazerem ouvir. Tal conquista se deu apenas no campo formal, não alcançando eficácia em um primeiro momento. O avanço de tal princípio se deu com a Corte Européia dos Direitos Humanos. Foi criado novo princípio, chamado "Paridade de armas", que visava elevar o indivíduo em condição de inferioridade processual para que ele tivesse melhores condições de enfrentamento. Tal princípio nasce focado em litígios contra o Estado, buscando possibilitar uma disputa equânime, para que o processo não seja um mero legitimador da força. Elio Fazzalari transpõe tal princípio (mais ligado ao processo penal) para o processo civil, desenvolvendo-o e definindo que houvesse igualdade de oportunidades entre as partes.

(2) Previsão Normativa:

Art. 5º (CF) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos **acusados** em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴ Também chamado "*in dubio pro reu*"

(3) Características:

3.1) Pleno: o contraditor deve ter direito de participar em todos os elementos que formarão o processo. A plenitude também se refere ao procedimento probatório, que deve ser informado pelo contraditor e deve ter participação ativa e democrática das partes, inclusive pra questionar os resultados de tal procedimento. Nesse ponto, toca-se a questão da imparcialidade do perito e a possibilidade de interpretação de variáveis que perpassam os julgamentos pessoais desse indivíduo, podendo prejudicar o réu de maneira injusta, por exemplo. Assim, surge o pleno direito de participação das partes, podendo, uma delas, inclusive, pedir que um perito particular acompanhe o caso para garantir a fineza do procedimento probatório.

3.2) Efetivo: para que o indivíduo possa participar efetivamente, o Estado deve oferecer condições concretas para que ele, caso queira, possa tal exercer participação. A intimação pessoal efetiva e a fundamentação da decisão do juiz, são exemplos de ações do Estado que possibilitam o engajamento das partes, porque, respectivamente, fazem com que as partes tenham conhecimento da ação contra ela e possam tomar as providências cabíveis e saibam os motivos que levaram à decisão X ou Y do juiz, gerando possibilidade de recurso.

(4) Igualdade endo processual: igualdade no ponto de partida (Fazzalari); distribuir com igualdade a sombra e a luz (Ihering).

(5) Contraditório diferido: De acordo com a doutrina, fala-se em contraditório diferido no âmbito do inquérito policial, quando surge necessidade de produção de provas urgentes. Apesar de não existir contraditório no IP, diz-se que, em relação às provas urgentes (exame de corpo de delito, por exemplo.), opera-se o chamado contraditório diferido. As partes, durante o processo, estão autorizadas a se manifestar sobre essas provas assim produzidas, daí o nome: contraditório diferido.

e) Princípio da motivação das decisões:

(1) Definição: *"Motivar é apresentar, no caso concreto as razões que levaram a tal decisão"* (Vicente Cernicchiaro). Além disso, é necessário justificar quais elementos probatórios (documentos, testemunhas...) levaram a tal entendimento, de forma lógica e coerente. Como visto no ponto anterior, é uma condição de participação efetiva em contraditório, dando condições do réu entender a sentença e tomar (ou não) as atitudes cabíveis.

(2) Previsão normativa:

Art. 93º (CF) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

f) Princípio da Ampla Defesa:

É o princípio que garante a defesa no âmbito mais abrangente possível. É princípio básico da ampla defesa que não pode haver cerceamento infundado, ou seja, se houver falta de defesa ou se a ação do defensor se mostrar ineficiente, o processo poderá ser anulado. Por ser própria da iniciativa privada (com raras exceções) não há limitações prefixadas, ou taxativas. A defesa trabalha *contrario sensu*, ou seja, após a acusação, contradizendo o polo ativo. Pode ser entendido como a **postura passiva**⁵ do estado em aceitar que o polo passivo, em seu espaço de atuação, construa sua defesa da melhor forma possível (respeito à autonomia)

g) Princípio da Publicidade:

Instrumento de fiscalização dos atos de poder. A regra, então, é a publicidade, porém, existem limites ao princípio, vejamos a seguir.

Art. 93º (CF) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a **lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;**

Art. 5º (CF) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Existe o sigilo interno (entre as partes) e externo (sociedade). O sigilo interno é altamente excepcional, já que ele pode ferir os princípios da ampla defesa e do contraditório.

h) Princípio da Celeridade:

Art. 5º (CF) LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. ;

O direito à celeridade pertence aos processados e não à sociedade, como muitos acreditam.

⁵ Ela pode ser **ativa** caso o juiz perceba que a defesa vem sendo deficiente. Então, ele deve intimar o réu a constituir outro defensor ou nomear um, se o acusado não puder constituí-lo. O defensor, público ou privado, deve ser encaminhado ao comitê de ética.

i) Princípio da Imparcialidade:

i.1) Subjetiva: motivações e vinculações pessoais (relacionada à pessoa do juiz). Analisa-se, nesse quesito, dois pontos: se o juiz é **suspeito** ou **impedido** (hipóteses descritas na lei, como parentescos e etc). Se confunde, muitas vezes, com a neutralidade. Porém, existe realmente tal neutralidade? Não. É um mito, a vivência, os sentimentos e as crenças de cada um são influentes nas decisões de todos os seres humanos. Nesse sentido, respeita-se o princípio de que "quem instrui não julga".⁶ O juiz deve ser "**equidistante**" em relação às partes. Relembrando que, o juiz não tem iniciativa probatória, ele pode, apenas, pedir esclarecimentos acerca de alguma prova já apresentada pelas partes (ver art. 156 CPC).

i.2) Objetiva: rompimento da equidistância, quando o juiz, de fato, age em favor de uma das partes, mesmo que não tenha rompido com a imparcialidade subjetiva (ou seja, "sem querer").

j) Princípio do devido processo legal:

Pode ser entendido como a transposição da legalidade para o processo, ou seja, todos os atos processuais devem ser autorizados por lei (tanto por parte da magistratura quando por parte do ministério público).

Art. 5º (CF) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

k) Duplo grau de jurisdição:

Há outra oportunidade de apreciação dos fatos apresentados, após a sentença. Isso aumenta a segurança do resultado e diminui as chances da falibilidade humana. Este princípio trás a possibilidade dada à parte no processo de não ficar vinculada somente ao pronunciamento jurisdicional proferido pelo juiz de primeiro grau. Se houver insatisfação com esta decisão, a parte pode utilizar a via recursal para ter sua pretensão analisada pelo Poder Judiciário. Porém, algumas leis postulam a não possibilidade de recurso para instância superior. O mencionado princípio funda-se na possibilidade de o provimento judicial ser injusto ou inadequado, gerando necessidade de permitir outra discussão concernente à demanda. Serviria tal princípio, então, a dar à parte litigante a certeza de que seu pedido foi analisado à exaustão e que foi proferida a decisão mais justa, prevenindo também condutas antiéticas por parte do julgador. Mas, atenção, a Constituição Federal não obriga o duplo grau de jurisdição.

⁶ Ver caso Piersack X Bélgica (Precedente da corte europeia de direitos humanos) - não basta que o sujeito seja imparcial, ele não pode deixar dúvidas sobre sua imparcialidade. Os destinatários não podem, em momento algum, ter a suspeita de que o juiz tenha interesses no processo.

III. Prisão Provisória (ou processual)

III.1) **Espécies de prisão:** Prisão por Pena (sentença condenatória transitada em julgado); Prisão Civil (devedor de alimentos); Prisão Provisória ou processual (feita antes da condenação).

III.2) **Espécies de prisão provisória:** Flagrante, preventiva e temporária

A) Prisão em flagrante delito⁷:

- É a única prisão que independe de apreciação judicial, pois visa a impedir a execução de uma ação criminosa. Pode ser feita por qualquer pessoa e é obrigação dos agentes policiais.

Art. 5º (CF) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - **relaxar a prisão ilegal**; ou

II - **converter a prisão em flagrante em preventiva**, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se **revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão**; ou

III - conceder **liberdade provisória**, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Alterado pela Lei 12.403/2011).

O artigo 310 demonstra as **opções** do juiz ao receber o auto de prisão em flagrante. A primeira opção é o **relaxamento da prisão ilegal**, quando há vício na forma da prisão. O segundo é **converter a prisão em flagrante em preventiva**. O terceiro ocorre quando não estão presentes os requisitos para a prisão preventiva nem as razões de cautela e se traduz na concessão da **liberdade provisória mediante fiança ou não**. Porém, o professor critica a questão da liberdade provisória, pois, em seu entendimento, se não há motivo para prender deve ser dada liberdade total, não provisória. A liberdade provisória seria a única forma de soltura quando as formalidades da prisão em flagrante são totalmente cumpridas (então, não se encaixam no caso de relaxamento). Há que se falar também na precariedade do flagrante, que pode resultar em erro e, conseqüente, ônus injusto para o indivíduo. Outro ponto criticável é a questão da fiança, que, após a modificação do código, ganhou dupla natureza: ela é uma espécie de liberdade provisória e uma hipótese de medida cautelar. Não parece justificável a fiança, sem que haja grave prejuízo da presunção de inocência. Ex.: Um indivíduo que é

⁷ Art. 302 (CPC)

inocente pode ser preso de forma injusta e ser obrigado a pagar uma fiança de um milhão de reais, onerando-o de forma excessiva e injusta.

- **Funções da prisão em flagrante:** (1) interromper uma atividade potencialmente criminosa; (2) preservar os elementos de apuração
- **Espécies:**

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

- **Flagrante Esperado:** não há interferência para realização do crime e entra na hipótese IV do artigo.
- **Flagrante Forjado ou Preparado:** altera-se o ânimo do agente levando-o a praticar o crime. Há possibilidade de ser deslegitimado.
- **Flagrante Impróprio:** o flagrante se opera enquanto houver um esforço ininterrupto de captura. Em crimes permanentes o flagrante dura enquanto se prolongar a consumação do crime.

B) Prisão Preventiva:

- Prisão cautelar decretada pelo juiz na fase de investigação ou durante o processo penal, antes do trânsito em julgado
- Antes a culpabilidade era presumida, mas com o advento da CF/88 houve a inversão, sendo presumida a inocência, devendo a prisão ter razão de acontecer. Além disso, pode ser decretada de ofício.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício**, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

- **Existem limites:** não pode haver prisão preventiva por crimes culposos (não atenderia ao motivo de ser do instituto), nem por crimes com pena máxima inferior a 4 anos (muito criticado é tal limite, por favorecer a impunidade). Além disso, quando o tipo penal não prevê a possibilidade de regime fechado, não há que se falar em prisão preventiva, visto que ela se configuraria como punição mais gravosa do que a própria pena do crime.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (Revogado pela Lei 12.403/2011)

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Alterado pela Lei 12.403/2011)

- O artigo 312 apresenta os requisitos/pre fundamentos: *fumus commissi delicti*⁸ - indício de autoria. Viola a presunção de inocência, já que meros indícios não podem, segundo tal princípio, justificar a prisão preventiva.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Alterado pela Lei 12.403/2011)

Os requisitos mencionados não podem motivar a prisão, mas podem servir apenas como parâmetros a serem apontados no caso concreto.

- Fundamentos:

- não se pode analisar a prisão preventiva com base apenas na conveniência, pois caso contrário todas as partes do processo poderiam ser presas;
- no mesmo sentido, não há que se falar na prisão como forma de proteção ao réu (não se pode punir por ação de terceiro);
- devem existir elementos referentes à condutas do réu que justifique a prisão (a conduta deve atingir determinados valores).
- além disso, as medidas cautelares devem ter se mostrado ineficazes e insuficientes

⁸ Fumaça do cometimento do crime - comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria. A prova, no limiar da ação penal, pode ser entendida como grande aproximação à probabilidade da ocorrência do delito, ela não precisa ser exaustiva.

C) Prisão Temporária :

- Apesar da constituição de 1988 trazer o princípio da motivação das decisões, um ano após sua promulgação foi inserida no ordenamento a lei 7960/89 que estabelecia o instituto da **prisão temporária** (prisão para investigar), semelhante àquela que existia durante o período ditatorial. Porém, diferente dela, a prisão temporária da lei 7960/89 exige autorização formal do poder judiciário.
- Artigo 1º da lei: requisitos para ocorrer a prisão temporária

Lei 7960/89 - Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: (...)

- Discutiu-se a necessidade da presença dos três elementos citados. Mirabete, por exemplo, apoia a ideia de serem os elementos alternativos. Scarance Fernandes, por sua vez acredita que todos devem estar presentes de uma só vez. Parte da doutrina acredita que apenas o atendimento de dois dos requisitos já seria suficiente.
- O delegado e o MP motivam. Entretanto, questiona-se: se foi necessário prender para apurar, resta evidenciado que não existem provas suficientes para o cerceamento da liberdade.
- A lei apresenta um vício de iniciativa, uma vez que foi criada por meio de um decreto e acabou sendo validada pela sua regulamentação.
- Segundo o professor, ela fere o princípio da presunção da inocência já que o réu nada fez para que houvesse a prisão. Ele seria preso apenas para **apuração**, algo que independe de seu comportamento.
- Apesar da palavra "**imprescindível**" ter sido usada no artigo, há dificuldade de definir objetivamente esse requisito.
- Quando o réu não colabora com a apuração, pode ser a prisão prolongada. Porém, destaca-se a incoerência de tal ideia em face do princípio do silêncio, protegido constitucionalmente.

IV. Medidas Cautelares:

IV.1) Cabimento: art. 282 (CPP)

Art. 282 (CPP). As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

- I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a **investigação** ou a **instrução** criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
- § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.
- § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.
- § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.
- § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).
- § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
- § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (NR) (Alterado pela Lei 12.403/2011)

- Podem ser aplicadas autonomamente; cumuladas com a liberdade provisória⁹ ou substituindo a prisão.
- **Hipóteses:** (1) necessária para o bom andamento da investigação ou instrução criminal; (2) manutenção da ordem pública, objetivando evitar novas práticas criminais¹⁰.



- Precisa ser devidamente **fundamentada** e ter como base o princípio da necessidade, ou seja, deve haver comportamento específico do réu que motive a imposição das medidas cautelares. O professor crítica a necessidade da existência do 283 no ordenamento, trazendo a necessidade de fundamentação, visto que a Constituição, em seu artigo 93, IX já trás norma vinculativa à respeito do tema. Assim, apesar de

⁹ Crítica: é tratada, muitas vezes, como apêndice da liberdade provisória.

¹⁰ Crítica: a ordem pública é especificada para as medidas cautelares enquanto para a prisão preventiva não. Assim, no tocante à ordem pública, temos uma exigência mais forte para a hipótese menos onerosa (medida cautelar) do que para a mais onerosa (prisão).

parecer um avanço tal previsão, isso pode levar a conclusões muito danosas, como o esvaziamento da Constituição ou sua desvalorização.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por **ordem escrita e fundamentada** da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Alterado pela Lei 12.403/2011).

IV.2) Tipos de Medidas Cautelares:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

§ 1º § 2º § 3º Revogados pela Lei 12.403/2011)

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Alterado pela Lei 12.403/2011)

- O professor questiona: existe alguma hipótese (atendidos os demais requisitos) a qual a medida provisória não seja suficiente e seja mesmo necessária a prisão provisória? Na opinião dele não. Levantou-se então que, muitas vezes, as medidas cautelares são ineficazes, por isso a necessidade da prisão. Tal raciocínio seria equivocado, visto que o Estado deve ser responsável pelo bom cumprimento e fiscalização das medidas provisórias e é injusto que o indivíduo seja onerado por isso com a privação da liberdade, algo que fere diversos princípios processuais. Critica-se ainda que a motivação contrária à medida cautelar e em favor da prisão, na maioria das vezes, não ocorre. A motivação deveria trazer elementos do caso concreto que justifique a não aplicação da medida mas é extremamente raro isso ocorrer em nossa realidade jurídica, sendo observadas as chamadas decisões "chapão", meros modelos genéricos.

- O inciso IX do artigo acima prevê a possibilidade de monitoração eletrônica. O professor crítica o uso da monitoração eletrônica após a libertação do indivíduo, criando-se, dessa forma, uma etapa de execução de pena que não existe (restrição de liberdade *extra lege*).

V. Habeas Corpus:

V.1) Histórico:

- Inglaterra (1215): surge o embrião do habeas corpus, uma mera previsão formal, não havendo efetivação em um primeiro momento. Era chamado de *Habeas corpus ad subjiciendum* (Tomai o corpo do detido para submeter ao tribunal o homem e o caso).
- A expressão Habeas Corpus somente aparece no ordenamento jurídico pátrio nos artigos 183 a 184 do **Código Criminal de 1830**, entretanto, esta expressão era inócua, pois, devido à falta de regulamentação, não se sabia certificar se ela pertencia ao Direito Processual Penal ou ao Direito Constitucional.
- Somente com a entrada em vigor da **Lei de 29 de novembro de 1832** (Código do Processo Criminal de 1832), é que houve a devida regulamentação do habeas corpus, contida no art. 340, "todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor".
- Em momento posterior, o Habeas corpus completou-se em nossa legislação somente no ano de **1871**, quando com o surgimento da **Lei n. 2033, de 20 de setembro**, que tinha por foco a repressão à ameaça à liberdade individual, determinou não ser o Habeas corpus, apenas um remédio contra o constrangimento já objetivado e, sim, também contra o projetado e iminente.
- **Al 5:** maior violação da história do Habeas Corpus no Brasil segundo o professor. Ele cita o cinismo dos governantes ao afirmar que a supressão do Habeas Corpus para crimes políticos só atingiria os cidadãos que não eram de "bem". A consequência disso foi o fato da prisão cautelar ser, então, transformada em pena. Qualquer crime poderia ser caracterizado como crime político, estando os cidadãos à mercê da autoridade estatal, a medida que não poderiam nem questionar o fato de ser, ou não, crime político, pelo seu caráter automático.
- **Constituição de 88:**

Art. 5º (CF) LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

V.2) Natureza Jurídica:

- A palavra **sempre** no inciso do artigo 5º aduz que todas as formas passam a ser secundárias em relação ao Habeas Corpus.
 - Muitas vezes, no âmbito da ação penal, o Habeas Corpus faz vezes de recurso, como, por exemplo, no caso do recebimento da denúncia pelo juiz, para o qual não cabe recurso, apenas Habeas Corpus. Porém, ele não deve ser limitado, pois nem ao menos é necessária uma ação penal para a impetração do Habeas Corpus. Entende-se então que o Habeas Corpus se configura como uma **ação autônoma**, que não se relaciona a nenhuma matéria específica, por ser uma ação constitucional, não estando apenas vinculado à esfera penal como muitos pensam.
 - Ação constitucional popular:
 - (1) **exceção** do monopólio do *jus postulandi*¹¹: qualquer pessoa pode impetrá-lo.
 - (2) **interesse de agir presumido**: se houver qualquer indício de violência à liberdade de locomoção o indivíduo deve ter seu interesse apreciado
 - Natureza mandamental
- V.3) Exceção às formalidades:
- **Utilidade das formas**: parâmetros de segurança que visam a minimizar desvios do poder estatal. Caso as formas transgridam tal objetivo de segurança, elas devem ser ignoradas.
 - "*Ne procedat judex ex officio*"
 - Quebra da coisa julgada: mesmo após o trânsito em julgado é possível revisar as nulidades:
 - Se há prejuízo ao polo passivo: instrumentos rescisórios, como, por exemplo, revisão criminal e apresentação de novas provas;
 - Se não há prejuízo ao polo passivo: não há espaço para questionamentos.
 - Não tem custas nem forma ou termo específico para impetração.
 - Presume o interesse de agir de todos
 - Rito sumarizado: tramitação que deve ser célere
 - TJMG;
 - Distribuição para um dos desembargadores;
 - São pedidas informações para a autoridade coatora (inversão o ônus de prova);
 - Parecer do MP;
 - Apreciado na sessão da câmara (em mesa)¹²
 - Inversão do ônus de prova previsto pelo art. 156, CPP: quem deve provar a não ilegalidade é o **órgão coator**. O impetrante apenas comunica a situação.

¹¹ "Direito de postular". Trata-se do direito de agir em nome das partes. Via de regra é a prerrogativa dos advogados.

¹² Professo crítica que, nessa fase, a celeridade é prejudicada pois só será apreciado pela próxima sessão da mesa (uma semana depois, SE o indivíduo "tiver sorte").

- Monopólio do Jus Postulandi: não precisa ser advogado para impetrar.

V.4) Liminar:

- Alguns argüem que não há previsão de liminar, porém, outra corrente afirma que há. Mas, no geral, por *analogia ao mandado de segurança*¹³, é aceito.
- Há, então, a possibilidade de se obter liminarmente o Habeas Corpus, de forma mais célere dependendo de seu objeto.
- Porém, no caso concreto, é muito difícil obter uma liminar de Habeas Corpus.

V.5) Espécies:

- **Preventivo:** o ato é potencial (temor da consolidação do ato);
- **Repressivo:** o ato é real (independente do exaurimento do ato, que seria a prisão. Ex.: já foi decretada a prisão, mas ela ainda não ocorreu. Cabe o Habeas Corpus repressivo).

V.6) Objeto:

- Liberdade ambulatorial (locomoção) - APENAS.
- **Hipóteses de não cabimento:**
 - Súmulas 395, 693, 694, 695 (STF): resumidamente, se o crime não prevê pena privativa de liberdade ou se esta não foi aplicada foi aplicada; se já se findou a pena privativa de liberdade; para sanções penais militares disciplinares.
- **Cabimento (geral - rol não taxativo):**

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

V.7) Recurso ordinário (lei 8038/90):

- Antes de 2011, era aceitável impetrar Habeas Corpus relacionada à negatória de Habeas Corpus, por ser mais célere sua tramitação do que a de um recurso ordinário.

¹³ "Se no mandado de segurança pode o relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no HC preventivo, não pudesse ser concedida". Min. Gonçalves de Oliveira

- Porém, uma súmula do STJ impossibilitou a substituição do recurso pelo Habeas Corpus. Pontos negativos (prejuízos) de tal entendimento:
 - Há prazo (fechamento);
 - A tramitação é menos célere.

IV. Sistemas de investigação Pré-processuais:

IV.1 Exposição de motivos do CPP:

- Afastar a trepidação moral na coletividade (evitar que haja uma contaminação do sentimento imediato de injustiça).

IV.2 Inquérito Policial (art. 4º ao 23º CPP):

- **Instauração:** A instauração do inquérito pode ser requerida de ofício pelo delegado, requisitado por delegado ou Ministério Público ou por requerimento do ofendido.

Art. 5º (CPP) Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º - O requerimento a que se refere o no II conterà sempre que possível:

- a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;
- b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;
- c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º - Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º - Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º - O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º - Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

- **Função:** fornecer elementos para a *opinio delicti* (opinião do MP sobre o delito - ele pode ou não concordar com a ação)
- **Procedimento:** Art. 6º CPP
- **Prazo:**

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º - A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º - No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3º - Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

- **Término:** sempre há uma conclusão judicial, que pode ser o arquivamento ou oferecimento de denúncia.

- **Princípios:**

- I. **Inquisitivo (Não contraditório):** não há contraditório durante a investigação, já que não há construção pelas partes, não há plenitude. Porém, pode haver a participação (defesa).

- II. **Sigiloso:** artigo 20 CPP

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. (...)

- III. **Escrito:** art. 9º CPP

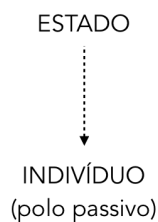
Art. 9. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

- **Prova não repetível:** aquela que foi produzida na fase de inquérito e que não pode ser reproduzida em juízo, pelo seu perecimento de alguma forma. Ex.: cena do crime que perece pelas intempéries do tempo. Caso tais provas sejam reproduzidas, seria ofendido o princípio do contraditório, já que tais provas não permitem exercer nem o contraditório real, nem o diferido. A única vedação legal atual é quanto a usar **apenas** elementos do inquérito para motivar sentença, porém, a jurisprudência cada vez mais parece abrir as possibilidades de uso das provas produzidas em inquérito.
- **Modelo italiano:** o professor julga que o modelo italiano trás avanços em relação ao sistema brasileiro. Nesse modelo. O MP define como a polícia realizará o inquérito. Durante o inquérito, caso seja percebido algum elemento importante, o MP ou a defesa convoca o delegado (GIP¹⁴) para que aquela prova seja construída em contraditório. Isso garantiria, então, a legitimidade da prova. O GIP seria o fiscal externo.

¹⁴ Giudice d'Indagine Preliminare - Juiz durante o processo

V. Natureza Jurídica do Processo Penal

- **Histórico:** o processo era mero instrumento do direito material. O processo como área autônoma cientificamente apenas em 1868. O direito processual passou a ser considerado uma ciência e não técnica, como se acreditava anteriormente. Antes, o processo era apenas considerado técnica do direito civil, sendo apenas o último considerado ciência. Muitos atribuem essa transformação à obra de Oskar Von Bülow traduzida para o português como "A teoria da exceções processuais e os pressupostos processuais".
- **Processo X Procedimento:**
 - **Fazzalari:** procedimentos são todos os atos previstos e regulados pela norma. Já o processo seria o procedimento em contraditório (participação da parte).
- **Processo de desiguais:** há de haver uma estrutura focada em corrigir tal desequilíbrio, algo diferente do que ocorre no processo civil. A paridade de armas, nesse aspecto, atenderia apenas o **lado passivo** da ação, tendo em vista o desequilíbrio de poder inerente ao próprio processo penal.



VI. Ação Penal

- Direito de ação:

Art. 5º (CF) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Atenção: o **peticionamento** é um direito essencial, porém, caso não sejam respeitados pressupostos e condições, o indivíduo poderá ter uma resposta negativa da jurisdição, mesmo detendo o direito material. Nesse sentido é o artigo acima. Tal artigo trata do direito de peticionamento, que será sempre apreciado pela jurisdição. Porém, não se deve confundir com o **direito de ação**, o qual só se concretiza se atendidos requisitos formais.

- Condições da ação:
 - a. Possibilidade jurídica do pedido

- b. Interesse de agir ("*Nulla poena sine iudicio*¹⁵") - toda e qualquer pena só poderá existir se houver processo. Assim dito, deve-se analisar o interesse de agir sob a ótica da viabilidade de imposição de sanção. O interesse de agir pode ser definido como "utilidade do provimento jurisdicional pretendido pelo demandante". Essa condicionante da ação se justifica pelo fato de que o Estado apenas exerce sua junção jurisdicional quando tal atuação se faz necessária.

Obs.: Prescrição em perspectiva (súmula 438, STJ)

Súmula 438 (STJ): "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

Apesar de estar em desuso, faz raciocínio interessante em relação ao interesse de agir.

- c. Legitimidade das partes
- d. Justa causa: suspeita da existência de um crime. Caso não haja justa causa, pode ser recusado o recebimento da denúncia.

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
(...)
III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

- Iniciativa da ação penal: a ação penal sempre será **pública**. O que muda é a **iniciativa**. Tipos de iniciativa:

- a. Pública incondicionada: independe da manifestação da vítima para a deflagração.

Princípios¹⁶:

- **Oficialidade**
- **Obrigatoriedade:** diante da justa causa o Estado é obrigado a agir
- **Indisponibilidade:** uma vez iniciada, não se pode voltar atrás.

Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

- b. Pública condicionada: relevância da vontade da vítima. Deve se dar por meio da **representação** (condição de procedimentalidade). Atende ao princípio da **oportunidade**, ou seja, o particular propõe quando, como e se

¹⁵ Não há pena sem processo.

¹⁶ Relativos a todas as ações públicas, não apenas à incondicionada

lhe convier. Além disso, respeita-se a **disponibilidade**, podendo a vítima, a qualquer momento, retirar a queixa.

Observação: indivisibilidade

Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua **indivisibilidade**.

Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

A queixa contra qualquer dos autores obriga a todos os demais. Além disso, a renúncia à queixa em relação a qualquer um dos autores termina o processo para todos.

Retratção: é impossível retratar a representação

- Queixa crime:

Requisitos:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

O processo se constrói a partir da queixa/denúncia. Assim, é exigida a especificação da denúncia e a individualização do autor. Além disso, via de regra, se faz por escrito, com exceção do Juizado Especial Penal.

- Procuração: precisa ser específica, tratando do crime, do objeto e da pessoa. O prazo decadencial é de seis meses.

VI. Competência:

- *Ratione persone:*

Absoluta. Relaciona-se ao cargo/função que a pessoa ocupa. Adota-se o **critério da simetria** e da **regionalização**

- *Ratione materia:*

Absoluta.

- *Competência em relação ao local:*

Relativa. Flexibilização: situações excepcionais nas quais estejam demonstradas que a comarca do resultado dificulte bastante a investigação e o julgamento. Caso, por exemplo, em que X foi baleado no âmbito da comarca B e foi levado por ambulância para hospital na comarca A, porém, no caminho, passando pela comarca C, a ambulância se envolve em acidente e X morre. A comarca C deveria receber a causa, mas abre-se exceção.