



NOÇÕES DE DIREITO
PROCESSUAL PENAL



**1 INQUÉRITO POLICIAL.
1.1 HISTÓRICO, NATUREZA, CONCEITO,
FINALIDADE, CARACTERÍSTICAS,
FUNDAMENTO, TITULARIDADE, GRAU
DE COGNIÇÃO, VALOR PROBATÓRIO,
FORMAS DE INSTAURAÇÃO, NOTITIA
CRIMINIS, DELATIO CRIMINIS,
PROCEDIMENTOS INVESTIGATIVOS,
INDICIAMENTO, GARANTIAS
DO INVESTIGADO.**

O **Inquérito Policial** é o procedimento administrativo persecutório, informativo, prévio e preparatório da Ação Penal. É um conjunto de atos concatenados, com unidade e fim de perseguir a materialidade e indícios de autoria de um crime. O inquérito Policial averigua determinado crime e precede a ação penal, sendo considerado, portanto como pré-processual.

Composto de provas de autoria e materialidade de crime, que, comumente são produzidas por Investigadores de Polícia e Peritos Criminais, o inquérito policial é organizado e numerado pelo Escrivão de Polícia, e presidido pelo Delegado de Polícia.

Importante esclarecer que não há litígio no Inquérito Policial, uma vez que inexistem autor e réu. Apenas figura a presença do investigado ou acusado.

Do mesmo modo, há a ausência do contraditório e da ampla defesa, em função de sua natureza inquisitória e em razão da polícia exercer mera função administrativa e não jurisdicional.

Sob a égide da constituição federal, Aury Lopes Jr. define:

“Inquérito é o ato ou efeito de inquirir, isto é, procurar informações sobre algo, colher informações acerca de um fato, perquirir”. (2008, p. 241).

Em outras palavras, o inquérito policial é um procedimento administrativo preliminar, de caráter inquisitivo, presidido pela autoridade policial, que visa reunir elementos informativos com objetivo de contribuir para a formação da “opinio delicti” do titular da ação penal.

A Polícia ostensiva ou de segurança (Polícia Militar) tem por função evitar a ocorrência de crimes. Já a Polícia Judiciária (Civil e Federal) se incumbem de investigar a ocorrência de infrações penais. Desta forma, a Polícia Judiciária, na forma de seus delegados é responsável por presidir o Inquérito Policial.

Entretanto, conforme o artigo 4º do Código de Processo Penal Brasileiro, em seu parágrafo único, outras autoridades também poderão presidir o inquérito, como nos casos de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), Inquéritos Policiais Militares (IPM's) e investigadores particulares. Este último exemplo é aceito pela jurisprudência, desde que respeite as garantias constitucionais e não utilize provas ilícitas.

A atribuição para presidir o inquérito se dá em função da competência *ratione loci*, ou seja, em razão do lugar onde se consumou o crime. Desta forma, ocorrerá a investigação onde ocorreu o crime. A atribuição do delegado será definida pela sua circunscrição policial, com exceção das delegacias especializadas, como a delegacia da mulher e de tóxicos, dentre outras.

Os destinatários do IP são os autores da Ação Penal, ou seja, o Ministério Público (no caso de ação Penal de Iniciativa Pública) ou o querelante (no caso de Ação Penal de Iniciativa Privada). Excepcionalmente o juiz poderá ser destinatário do Inquérito, quando este estiver diante de cláusula de reserva de jurisdição.

O inquérito policial não é indispensável para a propositura da ação penal. Este será dispensável quando já se tiver a materialidade e indícios de autoria do crime. Entretanto, se não se tiver tais elementos, o IP será indispensável, conforme disposição do artigo 39, § 5º do Código de Processo Penal.

A sentença condenatória será nula, quando fundamentada exclusivamente nas provas produzidas no inquérito policial. Conforme o artigo 155 do CPP, o Inquérito serve apenas como reforço de prova.

O inquérito deve ser escrito, sigiloso, unilateral e inquisitivo. A competência de instauração poderá ser de ofício (Quando se tratar de ação penal pública incondicionada), por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, a pedido da vítima ou de seu representante legal ou mediante requisição do Ministro da Justiça.

O Inquérito Policial se inicia com a *notitia criminis*, ou seja, com a notícia do crime. O Boletim de Ocorrência (BO) não é uma forma técnica de iniciar o Inquérito, mas este se destina às mãos do delegado e é utilizado para realizar a Representação, se o crime for de Ação de Iniciativa Penal Pública condicionada à Representação, ou para o requerimento, se o crime for de Ação Penal da Iniciativa Privada.

No que concerne à *delatio criminis* inautêntica, ou seja, a delação ou denúncia anônima, apesar de a Constituição Federal vedar o anonimato, o Supremo Tribunal Federal se manifestou a favor de sua validade, desde que utilizada com cautela

As peças inaugurais do inquérito policial são a Portaria (Ato de ofício do delegado, onde ele irá instaurar o inquérito), o Auto de prisão em flagrante (Ato pelo qual o delegado formaliza a prisão em flagrante), o Requerimento do ofendido ou de seu representante legal (Quando a vítima ou outra pessoa do povo requer, no caso de Ação Penal de Iniciativa Privada), a Requisição do Ministério Público ou do Juiz.

No IP a decretação de incomunicabilidade (máximo de três dias) é exclusiva do juiz, a autoridade policial não poderá determiná-la de ofício. Entretanto, o advogado poderá comunicar-se com o preso, conforme dispõe o artigo 21 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único.



Concluídas as investigações, a autoridade policial encaminha o ofício ao juiz, desta forma, depois de saneado o juiz o envia ao promotor, que por sua vez oferece a denúncia ou pede arquivamento.

O prazo para a conclusão do inquérito, conforme o artigo 10 caput e § 3º do Código de Processo Penal, será de dez dias se o réu estiver preso, e de trinta dias se estiver solto. Entretanto, se o réu estiver solto, o prazo poderá ser prorrogado se o delegado encaminhar seu pedido ao juiz, e este para o Ministério Público.

Na Polícia Federal, o prazo é de quinze dias se o indiciado estiver preso (prorrogável por mais quinze). Nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes o prazo é de trinta dias se o réu estiver preso e noventa dias se estiver solto, esse prazo é prorrogável por igual período, conforme disposição da Lei 11.343 de 2006.

O arquivamento do inquérito consiste da paralisação das investigações pela ausência de justa causa (materialidade e indícios de autoria), por atipicidade ou pela extinção da punibilidade. Este deverá ser realizado pelo Ministério Público. O juiz não poderá determinar de ofício, o arquivamento do inquérito, sem a manifestação do Ministério Público

O desarquivamento consiste na retomada das investigações paralisadas, pelo surgimento de uma nova prova.

Procedimento inquisitivo:

Todas as funções estão concentradas na mão de única pessoa, o delegado de polícia.

Recordando sobre sistemas processuais, suas modalidades são: inquisitivo, acusatório e misto. O inquisitivo possui funções concentradas nas mãos de uma pessoa. O juiz exerce todas as funções dentro do processo. No acusatório puro, as funções são muito bem definidas. O juiz não busca provas. O Brasil adota o sistema acusatório não-ortodoxo. No sistema misto: existe uma fase investigatória, presidida por autoridade policial e uma fase judicial, presidida pelo juiz inquisidor.

Discrecionabilidade:

Existe uma margem de atuação do delegado que atuará de acordo com sua conveniência e oportunidade. A materialização dessa discrecionabilidade se dá, por exemplo, no indeferimento de requerimentos. O art. 6º do Código de Processo Penal, apesar de trazer diligências, não retira a discrecionabilidade do delegado. Diante da situação apresentada, poderia o delegado indeferir quaisquer diligências? A resposta é não, pois há exceção. Não cabe ao delegado de polícia indeferir a realização do exame de corpo de delito, uma vez que o ordenamento jurídico veda tal prática. Caso o delegado opte por indeferir o exame, duas serão as possíveis saídas: a primeira, requisitar ao Ministério Público. A segunda, segundo Tourinho Filho, recorrer ao Chefe de Polícia (analogia ao art. 5º, §2º, CPP). Outra importante observação: O fato de o MP e juiz realizarem requisição de diligências mitigaria a discrecionabilidade do delegado? Não, pois a requisição no processo penal é tratada como ordem, ou seja, uma imposição legal. O delegado responderia pelo crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal), segundo a doutrina majoritária.

Procedimento sigiloso:

O inquérito policial tem o sigilo natural como característica em razão de duas finalidades: 1) Eficiência das investigações; 2) Resguardar imagem do investigado. O sigilo é intrínseco ao IP, diferente da ação penal, uma vez que não é necessária a declaração de sigilo no inquérito. Apesar de sigiloso, deve-se considerar a relativização do mesmo, uma vez que alguns profissionais possuem acesso ao mesmo, como é o exemplo do juiz, do promotor de justiça e do advogado do ofendido, vide Estatuto da OAB, lei 8.906/94, art. 7º, XIX. O advogado tem o direito de consultar os autos dos IP, ainda que sem procuração para tal.

Procedimento escrito:

Os elementos informativos produzidos oralmente devem ser reduzidos a termo. O termo “eventualmente datilografado” deve ser considerado, através de uma interpretação analógica, como “digitado”. A partir de 2009, a lei 11.900/09 passou a autorizar a documentação e captação de elementos informativos produzidos através de som e imagem (através de dispositivos de armazenamento).

Indisponível:

A autoridade policial não pode arquivar o inquérito policial. O delegado pode sugerir o arquivamento, enquanto o MP pede o arquivamento. O sistema presidencialista é o que vigora para o trâmite do IP, ou seja, deve passar pelo magistrado.

Importante ilustrar que poderá o delegado deixar de instaurar o inquérito nas seguintes hipóteses:

- 1) se o fato for atípico (atipicidade material);
- 2) não ocorrência do fato;
- 3) se estiverem presentes causas de extinção de punibilidade, como no caso da prescrição.

Contudo o delegado não poderá invocar o princípio da insignificância com o objetivo de deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante ou de instaurar inquérito policial. No que tange à excluyente de ilicitude, a doutrina majoritária entende que o delegado deve instaurar o inquérito e ratificar o auto de prisão em flagrante, uma vez que a função da autoridade policial é subsunção do fato à norma.

Dispensável:

Dita o art. 12 do CPP:

Art. 12 - O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

O termo “sempre que servir” corresponde ao fato de que, possuindo o titular da ação penal, elementos para propositura, lastro probatório idôneo de fontes diversas, por exemplo, o inquérito poderá ser dispensado.

Segundo o art. 46, §1º do mesmo dispositivo legal:

“Art. 46 - O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 (cinco) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 (quinze) dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (Art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.



§ 1º - Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.”

OUTRAS FORMAS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

a) CPIs: Inquérito parlamentar. Infrações ou faltas funcionais e aqueles crimes de matéria de alta relevância;

b) IPM: Inquérito policial militar. Instrumento para investigação de infrações militares próprias;

c) Crimes cometidos pelo magistrado: investigação presidida pelo juiz presidente do tribunal;

d) MP: PGR/PGJ;

e) Crimes cometidos por outras autoridades com foro privilegiado: ministro ou desembargador do respectivo tribunal.

Os elementos informativos colhidos durante a fase do inquérito policial não poderão ser utilizados para fundamentar sentença penal condenatória. O valor de tais elementos é relativo, uma vez que os mesmos servem para fundamentar o recebimento de uma inicial, mas não são suficientes para fundamentar eventual condenação.

PROCEDIMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

1ª fase: Instauração;

2ª fase: Desenvolvimento/evolução;

3ª fase: Conclusão

1ª fase: Instaurado por peças procedimentais:

1ª peça: Portaria;

2ª peça: APFD (auto de prisão em flagrante delito);

3ª peça: Requisição do juiz/MP/ministro da justiça;

4ª peça: Requerimento da vítima

CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

A peça de encerramento chama-se relatório, definido como uma prestação de contas daquilo que foi realizado durante todo o inquérito policial ao titular da ação penal. Em outras palavras, é a síntese das principais diligências realizadas no curso do inquérito. O mesmo só passa pelo juiz devido ao fato de o Código de Processo Penal adotar o sistema presidencialista, já citado anteriormente. Entretanto, apesar dessa adoção, este caminho adotado pela autoridade policial poderia ser capaz de ferir o sistema acusatório, que é adotado pelo CPP (pois ainda não há relação jurídica processual penal).

Os estados do Rio de Janeiro e Bahia adotaram a Central de inquéritos policiais, utilizada para que a autoridade policial remetesse os autos à central gerida pelo Ministério Público. Os respectivos tribunais reagiram diante da situação.

INDICIAMENTO

O indiciamento é a individualização do investigado/suspeito. Há a transição do plano da possibilidade para o campo da probabilidade, ou seja, da potencialização do suspeito. Na presente hipótese, deve o delegado comunicar os órgãos de identificação e estatística. Sobre o momento do indiciamento, o CPP não prevê de forma exata, podendo ser realizado em todas as fases do inquérito policial (instauração, curso e conclusão).

Não é possível desindiciar o indivíduo uma vez que representa uma espécie de arquivamento subjetivo em relação ao indiciado. Em contrapartida, há posicionamento diverso, com assentamento na idéia de que o desindiciamento é possível pelo fato de o IP ser um procedimento administrativo. Assim sendo, a autoridade policial goza de autotutela, ou seja, da capacidade de rever os próprios atos.

Com relação às espécies de desindiciamento, o mesmo pode ser de ofício, ou seja, realizado pela própria autoridade policial e coato/coercitivo, que decorre do deferimento de ordem de habeas corpus.

PRAZOS PARA ENCERRAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

No caso da justiça estadual, 10 dias se acusado preso; 30 dias se acusado solto. Os 10 dias são improrrogáveis, os 30 dias são prorrogáveis por “n” vezes. No caso da justiça federal, 15 dias se o acusado estiver preso; 30 dias se o acusado estiver solto. Os 15 dias são prorrogáveis por uma vez, enquanto os 30 dias são prorrogáveis por “n” vezes.

No caso da lei de drogas (11.343/2006), o prazo é diverso: 30 dias se o acusado estiver preso, 90 dias se estiver solto. Nessa modalidade, os prazos podem ser duplicados. Com relação aos crimes contra a economia popular (lei 1.521/51, art. 10, §1º), o prazo para conclusão do IP é de 10 dias, independente se o acusado estiver preso ou solto.

MEIOS DE AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

1) Primeiramente, oferecer denúncia, caso haja justa causa. Em regra, o procedimento é o ordinário. (Sumário: cabe Recurso em sentido estrito, vide art. 581, I, CPP). Do recebimento da denúncia, cabe habeas corpus. Da rejeição da denúncia no procedimento sumaríssimo, cabe apelação. (JESPCRM, prazo de 10 dias);

2) O MP pode requisitar novas diligências, mas deve especificá-las. No caso do indeferimento pelo magistrado, cabe a correição parcial;

3) MP pode defender o argumento de que não tem atribuição para atuar naquele caso e que o juiz não tem competência. Nesse caso, o juiz pode concordar ou não com o MP. No caso de não concordar, o juiz fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender, como menciona o art. 28 do CPP;



4) MP pode pedir arquivamento. Se o juiz homologa, encerra-se o mesmo. Trata-se de ato complexo, ou seja, que depende de duas vontades.

A natureza jurídica do arquivamento é de ato administrativo judicial, procedimento que deriva de jurisdição voluntária. É ato judicial, mas não jurisdicional. Com relação ao art. 28 do CPP e a obrigação do outro membro do Ministério Público ser ou não obrigado a oferecer a denúncia, existem duas correntes sobre o tema. A primeira corrente, representada por Cláudio Fontelis, defende o argumento de que o promotor não é obrigado a oferecer denúncia porque o termo deve ser interpretado como designação, com base na independência funcional. A segunda corrente, majoritária, defende o ponto de que o termo deve ser interpretado como delegação, atuando o promotor como “longa manus” do Procurador Geral de Justiça. Diante da questão trazida, estaria a independência funcional comprometida? Não, pois o novo promotor pode pedir a absolvição/condenação, uma vez que o mesmo possui tal liberdade.

A importância do inquérito policial se materializa do ponto de vista de uma garantia contra apressados juízos, formados quando ainda não há exata visão do conjunto de todas as circunstâncias de determinado fato. Daí a denominação de instituto pré-processual, que de certa forma, protege o acusado de ser jogado aos braços de uma Justiça apressada e talvez, equivocada. O erro faz parte da essência humana e nem mesmo a autoridade policial, por mais competente que seja, está isenta de equívocos e falsos juízos. Delegados e advogados devem trabalhar em prol de um bom comum, qual seja, a efetivação da justiça. Imprescindível a participação do advogado, dentro dos limites estabelecidos pela lei, na participação da defesa de seu cliente. Diante disso, é de imensa importância que o inquérito policial seja desenvolvido sob a égide constitucional, respeitando os direitos, garantias fundamentais do acusado e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador do ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 CONCLUSÃO, PRAZOS

O legislador estabelece prazos e tempos para a prática de atos processuais com o objetivo de atingir o fim do processo, que nada mais é do que a obtenção de uma sentença.

Se o processo nada mais é do que o desenvolvimento de uma atividade que objetiva a solução da lide, é óbvio que essa atividade deve, necessariamente, desenvolver-se dentro de um lapso temporal. Daí os limites de tempo para a realização dos atos processuais.

Prazos – Contagem e Espécies

Prazo é o limite de tempo concedido a um sujeito para o cumprimento de um ato processual.

1.6.1. PRINCÍPIOS - Os prazos são regidos por dois princípios importantíssimos, o da igualdade de tratamento e o da brevidade.:

a) Princípio da igualdade de tratamento – as partes não podem ser tratadas desigualmente. Para atos idênticos, os prazos não podem ser diferentes.

b) Princípio da brevidade – os prazos processuais não podem ser muito dilatados, pois as demandas não podem eternizar-se.

Características dos prazos – os prazos são contínuos e peremptórios:

Contínuos – não serão interrompidos na sua duração (exceções - art. 798, § 4º, CPP);

Peremptórios – são improrrogáveis (exceções - art. 798, § 3º, CPP e a Súmula 310 STF).

2 PROVA.

Prova, é o ato ou o complexo de atos que visam a estabelecer a veracidade de um fato ou da prática de um ato tendo como finalidade a formação da convicção da entidade decidente - juiz ou tribunal - acerca da existência ou inexistência de determinada situação factual. Em regra, é produzida na fase judicial com a participação dialética das partes (contraditório real e ampla defesa que são elaborados perante o juiz).

Destarte a prova é o elemento fundamental para a decisão de uma lide. Tem como objeto fato jurídico relevante, isto é, aquele que possa influenciar no julgamento do feito. Assim, não é qualquer fato que carece ser provado, mas sim, aquele que, no processo penal, possa influenciar na tipificação do fato delituoso ou na exclusão de culpabilidade ou de antijuridicidade.

Convém lembrar, ainda, que o objeto da prova é fato e não opinião, muito embora, em alguns casos (especialmente quando se trata de dosar a pena) a opinião da testemunha pode ter relevo para a fixação da pena quando ela afirma, por exemplo, que o réu é honesto, trabalhador e bom pai de família.

Objeto de prova

Tem a prova um objeto, que são os fatos da causa. O objeto da prova consiste nos fatos cuja evidenciação se torne imprescindível, no processo, para o juiz convencer-se de sua veracidade. Em outras palavras, objeto da prova é o fato ilícito alegado na peça acusatória.

Em toda ação penal, deve-se provar dois pontos cruciais, a saber: a materialidade e a autoria do fato criminoso. Além disso, é preciso dar conhecimento ao juiz de todas as circunstâncias objetivas (aspectos externos do crime) e subjetivas (motivos do crime e aspectos pessoais do agente) que possam determinar a certeza de sua convicção sobre a responsabilidade criminal. As circunstâncias que cercam o caso concreto devem ser provadas, ainda, em razão de serem relevantes no momento de fixação da pena.

Contudo, a atividade probatória deve restringir-se aos fatos relevantes, aqueles que são pertinentes e úteis ao julgamento da ação penal. Observe-se portanto que, que existe um critério para a produção de provas numa ação penal.



Desnecessidade da prova

De acordo com a redação do art. 400, § 1o, CPP diz que o juiz poderá “indeferir (as provas) consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

Temos, então, que será o juiz quem estabelecerá o que deve ser provado, de acordo com o que julgar relevante para a formação do seu convencimento.

Entretanto, existe a desnecessidade de se provar alguns fatos, quais sejam: os evidentes, os notórios e as presunções legais.

Evidentes são os fatos que prescindem de prova para serem tidos como verdadeiros. São fatos incontrovertidos, evidentes por si mesmos, intuitivos, axiomáticos.

Notórios são fatos que também prescindem de prova. São os acontecimentos ou situações de conhecimento geral, como as datas históricas, os fatos políticos ou sociais de conhecimento público – ou seja, fatos que pertencem ao patrimônio cultural do cidadão médio.

Já as presunções legais são os fatos presumidos verdadeiros pela própria lei, que podem ser duas ordens: absoluta e relativa. A presunção absoluta (“juris et de jure”) não admite fato em contrário. Exemplo disso é o art. 27, CP que diz que menor de 18 anos é inimputável. Já a presunção relativa (“juris tantum”) admite prova em contrário, como no caso do art. 217-A, CP que diz que a vulnerabilidade do menor de 14 anos é relativa. Essa flexibilidade justifica-se diante da possibilidade de se prejudicar o réu.

Ônus da prova

De acordo com a primeira parte do art. 156, CPP o ônus da prova é a prova da alegação por quem a fizer. Cabe ao autor da ação penal (MP ou querelante) o exercício da atividade probatória principal. Incumbe-lhe demonstrar a existência dos fatos constitutivos afirmados na pretensão, devendo provar a existência do ilícito penal e sua autoria.

Por outro lado, sobre o acusado só recai o ônus de provas o alibi que apresentar. Contudo, se apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, relacionados com a pretensão acusatória, ele será obrigado a prová-los. Nesse caso, inverte-se o ônus da prova. Exemplo: alegação de legítima defesa.

Segundo o princípio da comunhão da prova, quando a prova ingressa no processo deixa de ser exclusiva da parte que a produziu. O juiz examina todo o contexto da prova podendo inclusive valorá-la de modo prejudicial a quem a apresentou. Ou seja, a utilização das provas por qualquer das partes é de ser plenamente aceita, independentemente de quem a tenha produzido, porque interessa ao juiz descobrir a verdade.

Já na segunda parte e incisos do art. 156, CPP é facultado ao juiz, de ofício, ordenar a produção de provas e determinar a realização de diligências. Vê-se aqui que o juiz tem poderes para influir na produção de provas unilateralmente.

No inciso I identificamos os poderes inquisitórios, que permitem ao juiz influir livremente nas provas. O legislador permitiu ao juiz ordenar a produção de provas antes do oferecimento da denúncia e, ao fazer isso, o magistrado substituiu a autoridade policial ou o promotor (MP) – e isso fere o princípio da imparcialidade do juiz. Esse é um dispositivo amplamente criticado. (Crítica: o ato unilateral (sem provocação) do juiz pode ser considerado parcial, na prática?)

No inciso II identificamos os poderes instrutórios, onde o juiz pode interferir na prova para resolver pontos relevantes, independente de requerimento das partes. Esse dispositivo está relacionado à instrução do processo e é plenamente aceito. O inciso II está intimamente ligado com o descobrimento da verdade, uma vez que o juiz pode solicitar a produção de provas para formação do seu convencimento.

Princípio do juiz natural

No art. 5º, LIII, CF tem-se que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Em seu inciso XXXVII, tem-se que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Esse princípios constitucionais relacionam-se com a produção de provas, conforme veremos a seguir.

O art. 399, §2o, CPP dita que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”, evidenciando a aplicação princípio da identidade física do juiz.

A Lei 8.038/90 estabelece os procedimentos nos casos em que uma pessoa é processada nos casos de competência originária do STF ou STJ. Em seu art. 3o, III temos a exceção ao princípio da identidade física do juiz a medida que juízes e desembargadores serão convocados para auxiliar na coleta de provas. Portanto, a lei autoriza essa exceção ao princípio da identidade física do juiz.

Momentos probatórios

Para podermos adentrar a discussão acerca dos momentos probatórios, é necessário que façamos as seguintes considerações iniciais: as provas só podem ser produzidas no processo, que é quando haverá o contraditório. São sujeitos processuais principais no processo penal a acusação (MP ou querelante), defesa (réu e defensor) e o juiz.

Compreendido isso, são 4 os momentos para produção de provas:

Propositura da prova, que se dá na fase postulatória. Para a acusação, isso dar-se-á na peça acusatória (denúncia ou queixa-crime), enquanto que para o acusado, será na sua resposta, na sua defesa.

Admissibilidade das provas, que é o deferimento judicial dos requerimentos formulados pelas partes, ou seja, quando o juiz estabelece quais provas serão apresentadas ou não (no processo civil é o despacho saneador).



Produção da prova, que, em regra, se dá na audiência de instrução e julgamento, na qual todos os sujeitos participam. Nesse momento, serão tomadas as declarações do ofendido, haverá o interrogatório do acusado, inquirição das testemunhas arroladas, esclarecimentos dos peritos etc.

Valoração da prova, que significa dizer que o julgador, ao fundamentar a sentença, deve manifestar-se sobre todas as provas produzidas.

Vale dizer que, havendo recurso, a prova será sempre substancial, i.e., será reavaliada.

OS MEIOS DE PROVA

Desde o princípio desse debate vale a ressalva: meio de prova é diferente de objeto de prova. Meio de prova pode ser todo fato, documento ou alegação que sirva, direta ou indiretamente, ao descobrimento da verdade. Ou seja, meio de prova é todo instrumento que se destina a levar ao processo um elemento, uma informação a ser utilizada pelo juiz para formar a sua convicção acerca das alegações.

Prova pericial

No Código de Processo Penal a prova pericial é tratada nos arts. 158 usque 184.

A perícia é a diligência realizada ou executada por perito, a fim de esclarecer ou evidenciar certos fatos, de forma científica e técnica. Perito é aquele que tem conhecimento técnico sobre determinada área e sua função é a da verificação da verdade ou da realidade de certos fatos.

No processo penal, a perícia é, via de regra, realizada por perito oficial, ligado ao Estado, sendo que cada estado da federação possui seu próprio instituto de criminalística. O perito é um auxiliar da justiça, não está subordinado a autoridade policial, estando sua autonomia garantida.

Conforme o art. 184, CPP a prova pericial cabe somente quando for útil para o descobrimento da verdade.

No art. 159, CPP temos que o laudo pode ser subscrito por apenas um perito. A conclusão do perito pode ou não ser subjetiva. (Ex: perícia psicológica x perícia toxicológica)

A defesa pode formular quesitos ao perito. No processo penal, isso não é comum porque geralmente a perícia é realizada logo depois do acontecimento do crime. Portanto, essa perícia pode ser questionada em juízo porque à época de sua realização não havia defensor constituído. Isso é o que se chama de contraditório diferido (postergado, transferido).

De acordo com o art. 5o, LVIII, CF o criminoso “civilmente identificado não será submetido a identificação criminal”. A Lei 12.037/09, em seus arts. 2o, 3o e 5o apresenta esclarecimentos e requisitos quando a identificação do criminoso.

A realização do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico) também é um meio eficaz de identificação do criminoso. O DNA constitui parte dos cromossomos, sendo encontrado no núcleo das células dos seres vivos. São transmitidos de geração em geração, sendo 50% do pai e 50% da mãe.

Na realização do exame de DNA temos a prova invasiva e a prova não invasiva. A primeira é aquela que necessita de intervenção no organismo humano. A segunda é aquela onde não há necessidade de se penetrar no organismo humano.

Para a produção da prova invasiva é absolutamente necessária a obtenção do consentimento. Na produção da prova não invasiva não depende do contato físico. É o juiz que decide a validade da prova não invasiva. (ex.: fio de cabelo, saliva no copo)

Exame de corpo de delito

Em relação aos crimes que deixarem vestígios, será indispensável a realização do exame de corpo de delito (art. 158, CPP)

Corpo de delito é o conjunto dos vestígios que caracterizam a existência do crime. Não se confunde corpo de delito com o exame das lesões da vítima. O primeiro é gênero do qual o segundo é espécie.

O exame de corpo de delito envolve inclusive o processamento da cena do crime e pode ser tanto direto (art. 161) quanto indireto (art. 167, CPP).

A materialidade dos fatos muitas vezes deve ser comprovada por meio de exame pericial. Nesse sentido, podemos ter 3 situações: exame de lesões corporais, exame necroscópico e exumação. Analisaremos cada uma dessas situações a seguir.

Exame de lesões corporais

Esse é um meio de prova relacionado a um tipo penal (lesão corporal, art. 129, CP), que visa estabelecer a natureza da gravidade da lesão provocada na vítima. O procedimento (art. 394, CPP) depende da gravidade da lesão, e, portanto, da pena. Contudo, temos duas exceções a aplicação desse exame.

A primeira refere-se ao caso de lesão corporal de natureza leve, quando o juízo competente será o JECRIM. Nessa hipótese, o procedimento será sumaríssimo, que é célere e informal. Assim, não será exigido o exame de lesões corporais. A lei 9.099, art. 77, §1o diz que essa prova pode ser substituída pelo boletim médico ou prova equivalente.

A segunda exceção trata dos crimes domésticos, sobretudo os praticados contra a mulher, que estão disciplinados na Lei 11.340/06. No art. 12, §3o, temos que as provas podem ser laudos ou prontuários médicos. Isso porque, na prática, o Ministério Público pode atuar ex officio em casos graves.



Exame necroscópico

O cadáver aqui é o objeto da prova. Sua finalidade é estabelecer a causa mortis (art. 162). Esse exame será realizado sempre que a morte estiver relacionada a um fato criminoso. Do texto do Parágrafo Único do dispositivo extrai-se que esse exame é desnecessário nos casos de morte violenta e não haja infração penal a ser apurada (como é o caso, por exemplo, dos acidentes automobilísticos) ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa mortis.

Exumação

Com previsão no art. 163, CPP, a exumação tem como objeto da prova o cadáver já sepultado. A exumação só pode ser feita mediante autorização judicial e em dois casos: a) caso deva ter sido realizado o exame necroscópico e não foi, gerando, depois do sepultamento, dúvidas a respeito da causa da morte; e b) casos que coloquem em dúvida o laudo necroscópico.

Prova documental

Documento é todo objeto material que condense em si a manifestação de um pensamento ou fato a ser reproduzido em juízo. Considera-se objeto material todo material visual, auditivo, audiovisual, bem como o registrado em meios mecânicos óticos ou magnéticos de armazenamento.

A prova documental está disciplinada no CPP nos arts. 231 usque 238.

Documento eletrônico

Consiste em uma sequência de bytes, e em determinado programa de computador se torna a representação de um fato. Os crimes que são praticados por meio da internet ou por outros meios cibernéticos têm consequências no que dizem respeito às provas.

Um dos meios para combater esse tipo de ilícito penal é recrutar os crackers para trabalharem a favor da polícia.

Importante ressaltar a distinção entre os hackers e os crackers: os primeiros ultrapassam barreiras de segurança para se gabar, enquanto que os segundos invadem sistemas para causarem prejuízo, visando lucro.

Sigilo telemático

É um mecanismo de proteção do usuário do aparelho, o que gera certa dificuldade para obter informações e muitas vezes será necessária autorização judicial para o acesso de dados. Quando se tratar de crime em que a polícia tem o dever e a obrigação de apurar, tem-se as delegacias que estão incumbidas de investigar crimes cibernéticos

Ata notarial

Constatação de um fato ou de um ato que é atestada pelo tabelião, com fé pública. Feito isso, e apresentado ao delegado, teremos uma prova pré-constituída e com fé-pública. Isso é bom para

as provas nos meio eletrônico que podem ser apagadas instantaneamente. Estamos diante de uma presunção de verdade relativa, podendo, portanto, ser impugnada. Pode servir como prova tanto na esfera penal quanto na esfera civil.

Prova emprestada

Prova emprestada é aquela que é transladada em forma de documento para um processo penal no qual se discutirá a sua validade e o seu valor probante.

Geralmente a prova emprestada no processo penal se relaciona com depoimento de vítima ou uma declaração que foi dada em um caso e a testemunha após um tempo morreu, desapareceu, etc.

Do ponto de vista da acusação é interessante que a prova seja emprestada de tempo que foi dada, e que seja encarada como uma prova testemunhal, de inteiro teor, e não apenas como um documento. Do ponto de vista da defesa, o que se alega é que o princípio da ampla defesa não foi respeitado pois se caso o réu morreu, não teve tempo de contestar, ou caso de testemunha desaparecida, que não houve possibilidade de perguntas da defesa para tal.

São requisitos para a utilização da prova emprestada: a) que no processo anterior tenha sido respeitado o princípio do contraditório; b) que a prova no processo anterior tenha sido produzida pelo juiz natural; e c) que o réu tenha comparecido no outro processo.

Prova oral

A prova oral, prevista no art. 201, CPP, refere-se principalmente às declarações do ofendido.

Os sujeitos processuais podem ser principais ou secundários. Os principais são o Ministério Público, o querelante, o réu e o juiz. Os secundários são a testemunha, o perito e o escrivão. O ofendido é tradicionalmente esquecido.

Com a Lei 9.099/95, o Estado passa a olhar para a vítima de modo distinto. Essa lei trata do procedimento sumaríssimo, que tem como característica principal o surgimento da transação penal entre o autor do fato e o ofendido para que seja tentado ao menos a auto composição das partes. Em 2008 o legislador altera o art. 201, CPP. A partir daí, o ofendido é o sujeito passivo da infração penal.

A oitiva da vítima na ação penal não é obrigatória. Se a vítima for intimada a comparecer em juízo e não o fizer, poderá ser conduzida à presença da autoridade. A vítima não presta o compromisso de dizer a verdade. Parte-se do princípio que a vítima está dizendo a verdade porque tem interesse na sentença condenatória e numa eventual reparação do dano.

Quanto se tratar do querelante, ele estará obrigado com a verdade. Caso contrário, poderá responder pelo crime de denúncia caluniosa.



Prova testemunhal

Testemunha é a pessoa que atesta a veracidade de um fato. Portanto, a testemunha presta o compromisso de dizer a verdade (art. 203, CPP).

Uma das mais inseguras do processo, a prova testemunhal está prevista no CPP nos arts. 202 usque 255. Do ponto de vista quantitativo, é uma prova interessante. Do ponto de vista qualitativo, não.

Diz-se isso porque a testemunha pode não se lembrar com exatidão dos fatos. Ou então, aliada ao critério subjetivo das convicções pessoais da vítima, pode influenciar no depoimento da testemunha. Ainda, há também o temor da testemunha sofrer repressões em virtude de suas declarações.

O número de testemunhas

O nosso sistema processual penal é regido por procedimento. Dependendo do crime, ele deve obedecer determinado procedimento, podendo arrolar ou não testemunhas, tendo que obedecer ao número permitido.

O número de testemunhas depende do procedimento, conforme passaremos a demonstrar.

No procedimento ordinário (art. 394, CPP), é possível arrolar até 8 testemunhas (art. 401, caput, CPP). No procedimento comum sumário, podem ser arroladas até 5 testemunhas (art. 532, CPP). Já no procedimento comum sumaríssimo, não há referência expressa. O art. 81 da Lei 9.099 diz que pode-se arrolar de 3 a 5 testemunhas.

Para entendermos a questão das testemunhas no Tribunal do Júri, é preciso entender seu procedimento bifásico. Na primeira fase se encerra por meio de uma decisão, que pode ser: decisão de absolvição sumaria, decisão de desclassificação, decisão de impronúncia (efeito semelhante ao arquivamento) ou decisão de pronúncia. Caso haja pronúncia, prossegue-se para a próxima fase. Essa segunda fase cuida da preparação do julgamento e do julgamento em plenário.

Superada a explicação, temos o seguinte: na primeira fase os atos seguem a sequência do procedimento comum ordinário, ou seja, até 8 testemunhas podem ser arroladas (art. 406, §2º e 3º, CPP). Na segunda fase podem ser arroladas até 5 testemunhas (art. 422, CPP).

A Lei 11.3434, em seu art. 34, trata do tráfico de drogas. Esse crime admite procedimento especial, podendo arrolar até 5 testemunhas, com previsão no art. 54, III, e 55, §1º.

Por fim, nos casos complexos o juiz pode intervir para que sejam arroladas mais do que 8 testemunhas. As testemunhas excedentes são inquiridas como testemunhas do júizo.

A desobrigação de testemunhar

Em princípio, toda pessoa pode ser testemunha, até mesmo um menor. Porém, uma vez que a testemunha é intimada a depor, esta não pode deixar de depor, sob pena de ser conduzida coercitivamente, ou até mesmo de responder criminalmente por desobediência.

Existem algumas pessoas que se tornam desobrigadas, pela lei, a prestar o testemunho, segundo disposição dos arts. 206 e 208, CPP. Se o juiz, mesmo assim, quiser ouvir as declarações desta pessoa, tal testemunha não estará obrigada em prestar compromisso com a verdade. Neste caso, será ouvida na condição de informante. De acordo com o art. 207, serão proibidas de depor aquelas que em razão de função, ofício ou profissão devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem prestar testemunho.

Interrogatório

Quando tratamos de interrogatório como meio de prova, é importante observar que três correntes se formaram.

A primeira corrente, no princípio, entendia como o interrogatório sendo um meio de prova. A segunda, por sua vez, dizia que o interrogatório era um meio de defesa. Já a terceira e mais aceita corrente afirma que o interrogatório é predominantemente um meio de defesa, mas não deixa de ser um meio de prova, pois o juiz pode levar em conta o que o réu está falando para formular a sua convicção.

Ressalte-se que o interrogatório é um ato pessoal do juiz, não podendo delegar para qualquer outra pessoa. Além disso, deve ser realizado na presença de um defensor, inclusive no JECRIM, sob pena de nulidade, e cada réu tem que ser ouvido separadamente.

No tocante ao procedimento, o art. 400, CPP dita que o réu será o último a ser interrogado, para que possa ter conhecimento de toda as provas produzidas contra ele. Já no Tribunal do Júri o réu será interrogado duas vezes, a saber: pela polícia e na plenária.

A realização do interrogatório é obrigatória. Contudo, é previsto o direito de o sujeito interrogado manter-se calado, vez que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Delação premiada

Esse é um instituto que está ligado ao réu. A delação premiada ocorre quando o acusado admite a prática do crime e delata a participação de outrem ou de outras pessoas, fazendo-o em troca da redução da pena ou até mesmo da obtenção do perdão judicial.

A delação premiada somente pode ser apresentada por um co-réu, posto que irá delatar para se beneficiar. Caso não tenha benefício será apenas uma testemunha. Não há garantia de que co-réu seja beneficiado, pois não existe nenhum diploma disciplinando tal instituto.

Essa delação não tem o mesmo valor que o depoimento de testemunha. Isso se explica à medida que as testemunhas prestam o compromisso de dizer a verdade, e o co-réu está numa posição de mero informante, devendo suas alegações serem confirmadas.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o membro do Ministério Público não pode simplesmente alocar o delator como testemunha. Em verdade, deve admitir o delator como co-réu e, posteriormente, considerar sua redução de pena ou perdão judicial por ter colaborado com suas importantes declarações.



Instrumentos do crime

Todos os objetos usados para a consumação do crime deverão ser analisados e periciados, com o fim de lhes verificar a natureza e a eficiência. Além da necessidade de se examinar o instrumento utilizado na atividade criminosa, deve-se também elaborar o auto de avaliação (art. 172, CPP)

Indícios

Disciplinados no art. 239, CPP, os indícios não são considerados como provas diretas, mas sim fazem parte do contexto de prova indireta (ou prova circunstancial).

Os indícios podem ser utilizados para efeitos de formação do convencimento do juiz, mas não pode haver condenação apenas com base neles. Essa regra aplica-se apenas ao julgador togado, vez que os jurados do Tribunal do Júri podem convencer-se através de indícios, considerando-os suficientes para condenação.

Para a utilização de indícios no convencimento do juiz, impõe-se que eles sejam graves, precisos e concordantes com o fato que se quer provar.

Busca e apreensão

Com previsão legal nos arts. 240 usque 250, CPP, a busca e apreensão depende de autorização judicial. Trata-se, em verdade, de uma medida cautelar, sendo considerada um meio atípico de prova – diz-se, então, que é instrumento de obtenção da prova.

Considerando a previsão constitucional de inviolabilidade da privacidade, da intimidade, do domicílio, a decretação da busca e apreensão é medida só pode ser autorizada pelo juiz competente e em decisão fundamentada.

Por se tratar de medida assecuratória (ou cautelar), o juiz só pode deferi-la se ficar convencido de que naquele caso específico que lhe é apresentado existem elementos de que o que está sendo alegado possui verossimilhança e que há necessidade da urgência (*fumus boni juris* e *periculum in mora*).

Na prática, a busca e apreensão pode ser pleiteada pelo delegado ao juiz por meio de uma representação. Em sua manifestação, o promotor de justiça pode reforçar a necessidade ou se opor a isso. A busca e apreensão pode ser requerida antes do inquérito, durante a investigação ou no curso da ação penal. Pode ainda ser requerida pela defesa, se lhe for interessante.

A busca e apreensão também pode ser determinada de ofício pelo juiz, segundo o art. 242, CPP. Contudo, não é conveniente que o juiz o faça, vez que isso pode comprometer sua imparcialidade.

Pode-se buscar e apreender aquilo que estiver previsto no art. 240, mas o rol não é taxativo. Tudo que estiver relacionado com a elucidação de um crime pode ser objeto de busca e apreensão.

Com base no art. 5o, XI, CF, temos que, mesmo sendo expedido o mandado de busca e apreensão, a autoridade policial não poderá ingressar o domicílio alheio durante o período de repouso noturno. Assim, o cumprimento do mandado judicial deverá aguardar até a manhã.

Se no flagrante delito forem apreendidos objetos relativos a outros crimes, a jurisprudência diz que a apreensão será convalidada mesmo sem mandado de busca e apreensão específico para isso.

Ainda, é possível que haja a busca pessoal como medida preventiva, como por exemplo a revista da pessoa, sem a exigência de mandado para tanto.

Dita o Código Processual Penal:

(...)

CAPÍTULO II DO EXAME DO CORPO DE DELITO, E DAS PERÍCIAS EM GERAL

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1o Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2o Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3o Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4o O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5o Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6o Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)



§ 7o Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

Art. 161. O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora.

Art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.

Art. 163. Em caso de exumação para exame cadavérico, a autoridade providenciará para que, em dia e hora previamente marcados, se realize a diligência, da qual se lavrará auto circunstanciado.

Parágrafo único. O administrador de cemitério público ou particular indicará o lugar da sepultura, sob pena de desobediência. No caso de recusa ou de falta de quem indique a sepultura, ou de encontrar-se o cadáver em lugar não destinado a inumações, a autoridade procederá às pesquisas necessárias, o que tudo constará do auto.

Art. 164. Os cadáveres serão sempre fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida do possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

Art. 165. Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados.

Art. 166. Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.

Parágrafo único. Em qualquer caso, serão arrecadados e autenticados todos os objetos encontrados, que possam ser úteis para a identificação do cadáver.

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§ 1o No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

§ 2o Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1o, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

§ 3o A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos. (Vide Lei nº 5.970, de 1973)

Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos. (Incluído pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.

Art. 172. Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime.

Parágrafo único. Se impossível a avaliação direta, os peritos procederão à avaliação por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências.

Art. 173. No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;



IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

Art. 175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

Art. 177. No exame por precatória, a nomeação dos peritos far-se-á no juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de ação privada, acordo das partes, essa nomeação poderá ser feita pelo juiz deprecante.

Parágrafo único. Os quesitos do juiz e das partes serão transcritos na precatória.

Art. 178. No caso do art. 159, o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição, juntando-se ao processo o laudo assinado pelos peritos.

Art. 179. No caso do § 1º do art. 159, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade.

Parágrafo único. No caso do art. 160, parágrafo único, o laudo, que poderá ser datilografado, será subscrito e rubricado em suas folhas por todos os peritos.

Art. 180. Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos.

Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Art. 183. Nos crimes em que não couber ação pública, observar-se-á o disposto no art. 19.

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

2.1 EXAME DO CORPO DE DELITO E PERÍCIAS EM GERAL.

Exame de corpo de delito

Em relação aos crimes que deixarem vestígios, será indispensável a realização do exame de corpo de delito (art. 158, CPP)

Corpo de delito é o conjunto dos vestígios que caracterizam a existência do crime. Não se confunde corpo de delito com o exame das lesões da vítima. O primeiro é gênero do qual o segundo é espécie.

O exame de corpo de delito envolve inclusive o processamento da cena do crime e pode ser tanto direto (art. 161) quanto indireto (art. 167, CPP).

A materialidade dos fatos muitas vezes deve ser comprovada por meio de exame pericial. Nesse sentido, podemos ter 3 situações: exame de lesões corporais, exame necroscópico e exumação. Analisaremos cada uma dessas situações a seguir

CAPÍTULO II DO EXAME DO CORPO DE DELITO, E DAS PERÍCIAS EM GERAL

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior:

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.



§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte *indicar mais de um assistente técnico*.

Art. 160. *Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.*

Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo *ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos*.

Art. 161. O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora.

Art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.

Art. 163. Em caso de exumação para exame cadavérico, a autoridade providenciará para que, em dia e hora previamente marcados, se realize a diligência, da qual se lavrará *auto circunstanciado*.

Parágrafo único. O administrador de cemitério público ou particular indicará o lugar da sepultura, *sob pena de desobediência. No caso de recusa ou de falta de quem indique a sepultura, ou de encontrar-se o cadáver em lugar não destinado a inumações, a autoridade procederá às pesquisas necessárias, o que tudo constará do auto.*

Art. 164. *Os cadáveres serão sempre fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida do possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime.*

Art. 165. Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados.

Art. 166. Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.

Parágrafo único. Em qualquer caso, serão arrecadados e autenticados todos os objetos encontrados, que possam ser úteis para a identificação do cadáver.

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§ 1º No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo.

§ 2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, *deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.*

§ 3º A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos.

Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época *presumem ter sido o fato praticado*.

Art. 172. Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime.

Parágrafo único. *Se impossível a avaliação direta, os peritos procederão à avaliação por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências.*

Art. 173. No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver *começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato*.

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - *a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;*

II - *para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;*



III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

Art. 175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

Art. 177. No exame por precatória, a nomeação dos peritos far-se-á no juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de ação privada, acordo das partes, essa nomeação poderá ser feita pelo juiz deprecante.

Parágrafo único. Os quesitos do juiz e das partes serão transcritos na precatória.

Art. 178. No caso do art. 159, o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição, juntando-se ao processo o laudo assinado pelos peritos.

Art. 179. No caso do § 1º do art. 159, o escrivão lavrará o *auto respectivo*, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade.

Parágrafo único. No caso do art. 160, parágrafo único, o laudo, que poderá ser datilografado, será subscrito e rubricado em suas folhas por todos os peritos.

Art. 180. Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos.

Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo.

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Art. 183. Nos crimes em que não couber ação pública, observar-se-á o disposto no art. 19.

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

2.2 INTERROGATÓRIO DO ACUSADO.

Interrogatório

Quando tratamos de interrogatório como meio de prova, é importante observar que três correntes se formaram.

A primeira corrente, no princípio, entendia como o interrogatório sendo um meio de prova. A segunda, por sua vez, dizia que o interrogatório era um meio de defesa. Já a terceira e mais aceita corrente afirma que o interrogatório é predominantemente um meio de defesa, mas não deixa de ser um meio de prova, pois o juiz pode levar em conta o que o réu está falando para formular a sua convicção.

Ressalte-se que o interrogatório é um ato pessoal do juiz, não podendo delegar para qualquer outra pessoa. Além disso, deve ser realizado na presença de um defensor, inclusive no JECRIM, sob pena de nulidade, e cada réu tem que ser ouvido separadamente.

No tocante ao procedimento, o art. 400, CPP dita que o réu será o último a ser interrogado, para que possa ter conhecimento de toda as provas produzidas contra ele. Já no Tribunal do Júri o réu será interrogado duas vezes, a saber: pela polícia e na plenária.

A realização do interrogatório é obrigatória. Contudo, é previsto o direito de o sujeito interrogado manter-se calado, vez que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

2.3 CONFISSÃO.

Confissão é o ato de reconhecimento, pelo acusado, da imputação que lhe é feita. Alguns doutrinadores entendem que a confissão é um meio atípico de prova, uma vez que seria declaração de vontade do réu em sua defesa.

Na Idade Média, a confissão era considerada a rainha das provas (“Regina probatorium”), válida ainda que obtida por meio de tortura.

De acordo com as disposições do Código de Processo Penal a confissão deve ser corroborada por outras provas. No processo penal não predomina a idéia do fato incontroverso, como no processo civil.

A confissão não supre o exame pericial a medida que é necessário confirmar a materialidade do delito. O valor da confissão é o mesmo que das outras provas.



2.4 QUALIFICAÇÃO E OITIVA DO OFENDIDO.

A oitiva da vítima na ação penal não é obrigatória. Se a vítima for intimada a comparecer em juízo e não o fizer, poderá ser conduzida à presença da autoridade. A vítima não presta o compromisso de dizer a verdade. Parte-se do princípio que a vítima está dizendo a verdade porque tem interesse na sentença condenatória e numa eventual reparação do dano.

Quando se tratar do querelante, ele estará obrigado com a verdade. Caso contrário, poderá responder pelo crime de denunciação caluniosa.

2.5 TESTEMUNHAS. 2.6 RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS. 2.7 ACAREAÇÃO. 2.8 DOCUMENTOS DE PROVA. 2.9 INDÍCIOS. 2.10 BUSCA E APREENSÃO.

Testemunha é a pessoa que atesta a veracidade de um fato. Portanto, a testemunha presta o compromisso de dizer a verdade (art. 203, CPP).

Uma das mais inseguras do processo, a prova testemunhal está prevista no CPP nos arts. 202 usque 255. Do ponto de vista quantitativo, é uma prova interessante. Do ponto de vista qualitativo, não.

Diz-se isso porque a testemunha pode não se lembrar com exatidão dos fatos. Ou então, aliada ao critério subjetivo das convicções pessoais da vítima, pode influenciar no depoimento da testemunha. Ainda, há também o temor da testemunha sofrer repressões em virtude de suas declarações.

O número de testemunhas

O nosso sistema processual penal é regido por procedimento. Dependendo do crime, ele deve obedecer determinado procedimento, podendo arrolar ou não testemunhas, tendo que obedecer ao número permitido.

O número de testemunhas depende do procedimento, conforme passaremos a demonstrar.

No procedimento ordinário (art. 394, CPP), é possível arrolar até 8 testemunhas (art. 401, caput, CPP). No procedimento comum sumário, podem ser arroladas até 5 testemunhas (art. 532, CPP). Já no procedimento comum sumaríssimo, não há referência expressa. O art. 81 da Lei 9.099 diz que pode-se arrolar de 3 a 5 testemunhas.

Para entendermos a questão das testemunhas no Tribunal do Júri, é preciso entender seu procedimento bifásico. Na primeira fase se encerra por meio de uma decisão, que pode ser: decisão de

absolvição sumaria, decisão de desclassificação, decisão de impronúncia (efeito semelhante ao arquivamento) ou decisão de pronúncia. Caso haja pronúncia, prossegue-se para a próxima fase. Essa segunda fase cuida da preparação do julgamento e do julgamento em plenário.

Superada a explicação, temos o seguinte: na primeira fase os atos seguem a sequência do procedimento comum ordinário, ou seja, até 8 testemunhas podem ser arroladas (art. 406, §2º e 3º, CPP). Na segunda fase podem ser arroladas até 5 testemunhas (art. 422, CPP).

A Lei 11.3434, em seu art. 34, trata do tráfico de drogas. Esse crime admite procedimento especial, podendo arrolar até 5 testemunhas, com previsão no art. 54, III, e 55, §1º.

Por fim, nos casos complexos o juiz pode intervir para que sejam arroladas mais do que 8 testemunhas. As testemunhas excedentes são inquiridas como testemunhas do juízo.

A desobrigação de testemunhar

Em princípio, toda pessoa pode ser testemunha, até mesmo um menor. Porém, uma vez que a testemunha é intimada a depor, esta não pode deixar de depor, sob pena de ser conduzida coercitivamente, ou até mesmo de responder criminalmente por desobediência.

Existem algumas pessoas que se tornam desobrigadas, pela lei, a prestar o testemunho, segundo disposição dos arts. 206 e 208, CPP. Se o juiz, mesmo assim, quiser ouvir as declarações desta pessoa, tal testemunha não estará obrigada em prestar compromisso com a verdade. Neste caso, será ouvida na condição de informante. De acordo com o art. 207, serão proibidas de depor aquelas que em razão de função, ofício ou profissão devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem prestar testemunho.

Interrogatório

Quando tratamos de interrogatório como meio de prova, é importante observar que três correntes se formaram.

A primeira corrente, no princípio, entendia como o interrogatório sendo um meio de prova. A segunda, por sua vez, dizia que o interrogatório era um meio de defesa. Já a terceira e mais aceita corrente afirma que o interrogatório é predominantemente um meio de defesa, mas não deixa de ser um meio de prova, pois o juiz pode levar em conta o que o réu está falando para formular a sua convicção.

Ressalte-se que o interrogatório é um ato pessoal do juiz, não podendo delegar para qualquer outra pessoa. Além disso, deve ser realizado na presença de um defensor, inclusive no JECRIM, sob pena de nulidade, e cada réu tem que ser ouvido separadamente.

No tocante ao procedimento, o art. 400, CPP dita que o réu será o último a ser interrogado, para que possa ter conhecimento de toda as provas produzidas contra ele. Já no Tribunal do Júri o réu será interrogado duas vezes, a saber: pela polícia e na plenária.



A realização do interrogatório é obrigatória. Contudo, é previsto o direito de o sujeito interrogado manter-se calado, vez que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Delação premiada

Esse é um instituto que está ligado ao réu. A delação premiada ocorre quando o acusado admite a prática do crime e delata a participação de outrem ou de outras pessoas, fazendo-o em troca da redução da pena ou até mesmo da obtenção do perdão judicial.

A delação premiada somente pode ser apresentada por um co-réu, posto que irá delatar para se beneficiar. Caso não tenha benefício será apenas uma testemunha. Não há garantia de que co-réu seja beneficiado, pois não existe nenhum diploma disciplinando tal instituto.

Essa delação não tem o mesmo valor que o depoimento de testemunha. Isso se explica à medida que as testemunhas prestam o compromisso de dizer a verdade, e o co-réu está numa posição de mero informante, devendo suas alegações serem confirmadas.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o membro do Ministério Público não pode simplesmente alocar o delator como testemunha. Em verdade, deve admitir o delator como co-réu e, posteriormente, considerar sua redução de pena ou perdão judicial por ter colaborado com suas importantes declarações.

Instrumentos do crime

Todos os objetos usados para a consumação do crime deverão ser analisados e periciados, com o fim de lhes verificar a natureza e a eficiência. Além da necessidade de se examinar o instrumento utilizado na atividade criminosa, deve-se também elaborar o auto de avaliação (art. 172, CPP)

Indícios

Disciplinados no art. 239, CPP, os indícios não são considerados como provas diretas, mas sim fazem parte do contexto de prova indireta (ou prova circunstancial).

Os indícios podem ser utilizados para efeitos de formação do convencimento do juiz, mas não pode haver condenação apenas com base neles. Essa regra aplica-se apenas ao julgador togado, vez que os jurados do Tribunal do Júri podem convencer-se através de indícios, considerando-os suficientes para condenação.

Para a utilização de indícios no convencimento do juiz, impõe-se que eles sejam graves, precisos e concordantes com o fato que se quer provar.

Busca e apreensão

Com previsão legal nos arts. 240 usque 250, CPP, a busca e apreensão depende de autorização judicial. Trata-se, em verdade, de uma medida cautelar, sendo considerada um meio atípico de prova – diz-se, então, que é instrumento de obtenção da prova.

Considerando a previsão constitucional de inviolabilidade da privacidade, da intimidade, do domicílio, a decretação da busca e apreensão é medida só pode ser autorizada pelo juiz competente e em decisão fundamentada.

Por se tratar de medida assecuratória (ou cautelar), o juiz só pode deferir-la se ficar convencido de que naquele caso específico que lhe é apresentado existem elementos de que o que está sendo alegado possui verossimilhança e que há necessidade da urgência (fumus boni juris e periculum in mora).

Na prática, a busca e apreensão pode ser pleiteada pelo delegado ao juiz por meio de uma representação. Em sua manifestação, o promotor de justiça pode reforçar a necessidade ou se opor a isso. A busca e apreensão pode ser requerida antes do inquérito, durante a investigação ou no curso da ação penal. Pode ainda ser requerida pela defesa, se lhe for interessante.

A busca e apreensão também pode ser determinada de ofício pelo juiz, segundo o art. 242, CPP. Contudo, não é conveniente que o juiz o faça, vez que isso pode comprometer sua imparcialidade.

Pode-se buscar e apreender aquilo que estiver previsto no art. 240, mas o rol não é taxativo. Tudo que estiver relacionado com a elucidação de um crime pode ser objeto de busca e apreensão.

Com base no art. 5º, XI, CF, temos que, mesmo sendo expedido o mandado de busca e apreensão, a autoridade policial não poderá ingressar o domicílio alheio durante o período de repouso noturno. Assim, o cumprimento do mandado judicial deverá aguardar até a manhã.

Se no flagrante delito forem apreendidos objetos relativos a outros crimes, a jurisprudência diz que a apreensão será convalidada mesmo sem mandado de busca e apreensão específico para isso.

Ainda, é possível que haja a busca pessoal como medida preventiva, como por exemplo a revista da pessoa, sem a exigência de mandado para tanto.

3 RESTRIÇÃO DE LIBERDADE. 3.1 PRISÃO EM FLAGRANTE..

A Prisão pode ser significa o cerceamento da liberdade de locomoção. É o restrição do direito de ir, vir ou ficar.

É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, LXI, CR/88). A invasão do lar é permitida pela Constituição Federal em caso de flagrante.

Pode se originar da decisão condenatória transitada em julgado, chamada de prisão-pena, a qual possui caráter satisfatório; pode ocorrer durante a persecução penal, antes do marco final do processo, ao se demonstrar a existência de risco face a permanência em liberdade do agente. É conhecida como prisão sem pena, prisão cautelar, prisão provisória ou prisão processual.



Prisões:

Prisão decorrente de flagrante delito;

Prisão temporária;

Prisão preventiva;

Prisão decorrente de sentença (ou acórdão) condenatória transitada em julgado.

Prisão em Flagrante (arts. 301 a 310)

É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, LXI, CR/88). É uma forma de autopreservação e autodefesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização, sendo que os posteriores atos de documentação ocorrerão normalmente na delegacia de polícia.

Relativamente à proteção ao lar, a pessoa pode ser presa em flagrante delito a qualquer tempo, de acordo com o art. 5º, XI, da CR/88.

Espécies de Flagrante

Flagrante Próprio, Propriamente Dito, Real ou Verdadeiro (art. 302, I e II do CPP)

Nele, o agente é surpreendido *com a mão na massa*, cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. A prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo.

Flagrante Impróprio, Irreal ou Quase-Flagrante (art. 302, III)

Flagrante em que o agente é perseguido **logo após** a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. Não existe prazo certo para a expressão *logo após*, sendo equivocada a doutrina que aponta o prazo de 24 horas.

Não havendo solução de continuidade, isto é, se a perseguição não for interrompida, mesmo que dure dias ou até mesmo semanas, em havendo êxito na captura do perseguido, estar-se-á diante de flagrante delito.

Flagrante Presumido, Ficto ou Assimilado (art. 302, IV)

Flagrante em que o agente é preso após cometer a infração, quando encontrado com instrumentos ou produtos do crime, armas, objetos ou papéis que permitam presumir ser ele o autor da infração.

Nessa espécie de flagrante não se exige perseguição. Exige-se, entretanto, que a autoridade ponha-se a procurar o agente logo após ter notícia do acontecimento do crime.

Flagrante Compulsório ou Obrigatório

Alcança a atuação das forças de segurança englobando as polícias civis, militares, federal, rodoviárias, ferroviárias e o corpo de bombeiros. Elas têm o dever de, enquanto em serviço, efetuar a prisão em flagrante.

Flagrante Facultativo

É a permissão constitucional de que qualquer do povo efetue a prisão em flagrante. Ela abrange também as autoridades policiais fora de serviço.

Flagrante Esperado

Não está disciplinado na legislação, sendo uma idealização doutrinária. Ocorre quando a polícia, sabendo que um crime irá se consumir, fica de tocaia, realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados. Apesar de não indicado, o particular também poderá efetuar o flagrante esperado.

Flagrante Preparado ou Provocado

Flagrante em que o agente é induzido ou instigado a cometer o delito, sendo preso no ato. É artifício onde verdadeira armadilha é maquinada no intuito de prender em flagrante aquele que cede à tentação e acaba praticando a infração.

Dispõe a Súmula 145, STF: “*Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*”.

A súmula para o STF, com a preparação do flagrante e conseqüente realização da prisão, existiria crime só na aparência, já que o resultado da prática supostamente delituosa já era conhecido pela polícia de antemão e ela já estaria com toda a estrutura montada para prender o agente logo após a conduta. Assim, haveria verdadeiro crime impossível, por absoluta ineficácia do meio ou absoluta impropriedade do objeto criminoso.

Entretanto, se, preparando o flagrante, o agente consegue consumir o delito e fugir, o crime restará plenamente caracterizado.

Não é flagrante preparado o caso de se prender alguém, que adentra no território nacional portando drogas, após o recebimento de notícias sobre esse fato. A polícia esperará a pessoa chegar e efetuará a prisão. Note-se que o indivíduo já estava com o crime em andamento.

Flagrante Prorrogado, Retardado, Diferido, Postergado ou Ação Controlada

Ocorre quando a polícia deixa de efetuar a prisão, mesmo presenciando o crime, pois do ponto de vista estratégico seria a melhor opção.

Previsto no art. 2º, II, da Lei nº 9.034/95 (Lei de Combate às Organizações Criminosas). Não é necessária autorização judicial nem prévia oitiva do MP, cabendo à autoridade policial administrar a conveniência ou não da postergação. Ela não pode ser utilizada para abarcar atividades de quadrilhas ou bandos, apenas de organizações criminosas.

Já no flagrante diferido previsto na Lei nº 11.343/06, é necessária autorização judicial e prévia oitiva do MP, além do conhecimento do provável itinerário da droga e dos eventuais agentes do delito ou colaboradores.

Flagrante Forjado

É o flagrante armado, fabricado para incriminar pessoa inocente. Evidentemente é ilícito, sendo o único infrator aqui o agente executor da prisão.

Flagrante por Apresentação

Não é flagrante propriamente dito, pois quem se entrega à polícia não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais autorizadas do flagrante. Assim, não será lavrado APFD, apesar de poder o agente ter sua prisão preventiva decretada pela autoridade policial.



Flagrante Vedado

São hipóteses em que a autoridade não pode, de forma alguma, decretar o flagrante delito, sob pena de ilegalidade manifesta.

Assim, não se decreta a prisão em flagrante, ou seja, se decretada, deverá ser relaxada:

1. Com o advento da lei dos Juizados Especiais Criminais, aquele que for capturado em flagrante pela prática de crimes de menor potencial ofensivo, e assumir o compromisso de comparecer ao Juizado, a ele não será imposta a prisão em flagrante (será elaborado o *Termo Circunstanciado*). Assim, praticamente, todas as hipóteses em que o réu se *livra solto* estão abrangidas pelo conceito de crime de menor potencial ofensivo (por isso que caiu em desuso). A jurisprudência majoritariamente (STJ e STF) entende que os crimes de menor potencial ofensivo são os crimes com pena máxima de até 02 anos. Assim, a hipótese de incidência do artigo 323 será aplicada na hipótese excepcional de o indivíduo não assumir o compromisso (aliás, o descumprimento do compromisso de comparecimento não traz qualquer consequência para o indivíduo, mesmo se ele não comparecer).

2. A Lei nº 9.503/97 (CTB) (artigo 301) prevê que ao condutor por delito de trânsito NÃO se imporá a prisão em flagrante se ele prestar pronto e integral socorro à vítima.

3. No caso do art. 28 da Lei de Drogas.

Flagrante nas Várias Espécies de Crime

a) Crimes permanentes: enquanto não cessada a permanência poderá haver flagrante a qualquer tempo.

b) Crime habitual: de acordo com Tourinho, não é possível o flagrante no crime habitual, já que este ocorre somente quando a conduta típica se integra com a prática de diversas ações. Se houver o flagrante antes da consumação, os atos realizados serão indiferentes penais, não passíveis de configurar qualquer crime.

c) Crime de ação penal privada e ação pública condicionada: nada impede a realização do flagrante nestes crimes. **Porém, para a lavratura do APFD, deverá haver manifestação de vontade da pessoa legitimada a propor a ação ou a representar.** Caso a vítima não possa ir imediatamente à delegacia, por ter sido conduzida ao hospital ou por qualquer outro motivo relevante, poderá fazê-lo no prazo de entrega da nota de culpa. Caso preso o agente em flagrante e a vítima não autorize, não poderá ser lavrado o auto, devendo o agente ser liberado.

d) Crime continuado: o flagrante se dará de forma fracionada, já que as várias ações são independentes entre si, somente havendo a continuidade para fins de diminuição da pena quando da dosimetria penal. O flagrante é possível para cada crime isoladamente.

e) Infração de menor potencial ofensivo: não haverá lavratura de APFD, e sim de TCO (Termo Circunstanciado de Ocorrência), desde que o infrator seja imediatamente enaminado ao JECrim ou assuma o compromisso de lá comparecer na data designada pela autoridade policial. **Entretanto, se ele se negar a tanto, lava-se o APFD, recolhendo-se o infrator ao cárcere, salvo se for admitida e paga a fiança.** Lembrar que, no crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06, é absolutamente impossível a prisão.

Nos crimes partados com violência doméstica contra a mulher, não se aplica a Lei nº 9.099/95; assim, mediante uma infração de menor potencial ofensivo, ao invés de TCO será lavrado APFD (art. 41, lei nº 11.340/06).

Sujeitos do Flagrante

Sujeito Ativo

É aquele que efetua a prisão. Pode ser qualquer pessoa, policial ou não. Não se confunde o sujeito ativo com o condutor, que é a pessoa que apresenta o preso à polícia (evidentemente, poderão ser a mesma pessoa).

Sujeito Passivo

É aquele detido na situação de flagrância. Em regra, pode ser qualquer pessoa, respeitadas as exceções de determinados indivíduos, quais sejam:

a) Presidente da República: nunca poderá ser preso em flagrante ou por outra prisão cautelar (art. 86, § 3º, CR/88).

b) Diplomatas estrangeiros: podem não ser presos em flagrante, a depender de tratados e convenções internacionais.

c) Membros do Congresso Nacional e Assembleias Legislativas: só podem ser presos em flagrante delito por prática de crime inafiançável, devendo os autos, no caso, ser remetidos à respectiva Casa para que, mediante provocação de partido e pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão (art. 53, § 2º, CR/88).

d) Magistrados: só poderão ser presos em flagrante por crime inafiançável, devendo os autos serem encaminhados ao Presidente do respectivo Tribunal (art. 33, II, LOMAN).

e) Membros do MP: idem, devendo os autos serem encaminhados ao respectivo Procurador-Geral (art. 40, III, LONMP).

f) Advogados: somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, sendo necessária a presença de representante da OAB para se lavar o auto, sob pena de nulidade (art. 7º, § 3º, EOAB).

g) Menores de 18 anos: penalmente inimputáveis, somente poderão ser privados da liberdade, mediante determinação escrita e fundamentada do juiz ou mediante flagrante de prática de ato infracional (art. 106, ECA).

h) Motoristas: no caso de crime de trânsito, se prestarem pronto e integral socorro à vítima de acidente de trânsito no qual se envolveu, **não poderá ser preso em flagrante nem poderá ser-lhe exigida fiança** (art. 301, CTB).

Autoridade Competente

Via de regra, é competente para presidir a lavratura do auto a autoridade policial da circunscrição onde foi efetuada a prisão (art. 290, CPP).

Procedimentos e Formalidades Legais

De acordo com Luís Flávio Gomes, a prisão em flagrante conta com quatro momentos distintos:

a) Captura do agente;

b) Condução coercitiva até a presença da autoridade policial ou judicial;

c) Lavratura do auto de prisão em flagrante;

d) Recolhimento ao cárcere.

Deve ser dada especial atenção ao aspecto formal do ato, com a documentação da prisão efetuada em razão da captura. Deve-se, pois, seguir os seguintes passos:



a) Comunicação à família do preso ou pessoa por ele indicada sobre a prisão, antes de lavrar o auto (art. 5º, LXIII, CR/88).

b) **Oitiva do condutor:** quem apresentou o “meliante” na delegacia deverá ser ouvido, sendo suas declarações reduzidas a termo, colhida sua assinatura e entregue cópia do termo e recibo de entrega do preso (esse recibo tem função acautelatória para o próprio condutor).

c) **Oitiva das testemunhas:** suas declarações serão reduzidas a termo e assinadas. Devem ser, no mínimo, duas testemunhas para o flagrante ser regular, ainda que uma ou ambas sejam meramente instrumentárias, aquelas simplesmente presentes na delegacia e que são *convidadas* a assinar como testemunha o ato de ver a entrega do agente.

d) **Oitiva da vítima:** não é requisito imposto pela lei, mas é prática corrente no procedimento, até mesmo para fortalecer o valor probatório.

e) **Oitiva do conduzido:** o preso será ouvido, podendo, entretanto, calar-se. Admite-se a presença do advogado, o qual, entretanto não é imprescindível. Lembrar que o procedimento pré-processual não é contraditório. Se o interrogatório não for realizado por força maior, o ato não restará viciado.

f) **Decisão da autoridade:** se a autoridade estiver convencida de que o flagrante é legítimo, determinará ao escrivão que lavre e encerre o auto de flagrante. Porém, também poderá liberar o detido caso verifique ilegalidade.

LOGO, O POLICIAL TAMBÉM PODE EFETUAR O RELAXAMENTO DE PRISÃO. Decorre do princípio administrativo da autotutela, pelo qual a Administração deve anular seus próprios atos quando ilegais.

Nota de Culpa

A nota de culpa se presta a informar ao preso os responsáveis por sua prisão e os motivos de fato da mesma, contendo o nome do condutor e das testemunhas, sendo assinada pela autoridade (art. 306, § 2º, CPP).

Será entregue em 24 horas da realização da prisão, mediante recibo. Se o preso se negar a assinar, 02 testemunhas suprirão o ato.

A ENTREGA DA NOTA DE CULPA É DE VITAL IMPORTÂNCIA PARA A VALIDADE DA PRISÃO. Com a nota de culpa, a garantia da informação é assegurada, tendo o preso a cientificação formal dos motivos pelo qual foi encarcerado, com a indicação de seus responsáveis.

Remessa à Autoridade e Manifestação sobre o Flagrante

Em 24 horas da realização da prisão, será encaminhado à autoridade judicial competente o APFD acompanhado de todas as oitivas colhidas e demais documentos e, caso o autuado não indique advogado, será remetida **cópia integral à defensoria pública** (art. 306, § 1º).

Recebidos os autos, o juiz poderá relaxar a prisão, se tiver sido ilegal, concederá a liberdade provisória com ou sem medida cautelar, ou decretará a prisão preventiva, se presentes alguma das situações do art. 312 e se não se revelarem adequadas ou suficientes as medidas cautelares previstas no art. 319.

Tudo isso terá que ser feito de forma fundamentada.

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.** (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

O art. 310 impede que ocorra as situações do sujeito ficar preso indefinidamente em flagrante. Ou ele é solto, ou é decretada sua prisão preventiva ou alguma medida cautelar. A não adoção de alguma dessas determinações constituirá flagrante ilegalidade por desrespeito à lei processual.

Prisão em Flagrante: Réu Preso e Excesso de Prazo

É muito comum de ocorrer a manutenção do flagrante sem decretação da prisão preventiva, o que não deveria se dar. Logo que recebe os autos, o juiz teria que, necessariamente, se manifestar sobre o cabimento ou não.

Logo, a prisão em flagrante deve ocorrer pelo tempo suficiente para análise dos autos pelo juiz, e não como justificativa para o condenado ficar encarcerado até seu julgamento, o que é ilegal.

Às vezes a ilegalidade ocorre até mesmo em função da demora da remessa dos autos do flagrante da repartição policial para o juízo.



Passemos a analisar a seguinte tabela:

PRISÃO EM FLAGRANTE	
Flagrante Próprio, Propriamente Dito, Real ou Verdadeiro	Cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. A prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo.
Flagrante Impróprio, Irreal ou Quase-Flagrante	Flagrante em que o agente é perseguido logo após a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. Ele não é visto praticando a infração, mas é perseguido. Não existe prazo certo para a expressão <i>logo após</i> , sendo equivocada a doutrina que aponta o prazo de 24 horas.
Flagrante Presumido, Ficto ou Assimilado	Caso em que o agente é preso após cometer a infração, quando encontrado com instrumentos ou produtos do crime, armas, objetos ou papéis que permitam presumir ser ele o autor da infração. Nessa espécie de flagrante não se exige perseguição.
Flagrante Compulsório ou Obrigatório	Alcança a atuação das forças de segurança englobando as polícias civis, militares, federal, rodoviárias, ferroviárias e o corpo de bombeiros. Elas têm o dever de, enquanto em serviço, efetuar a prisão em flagrante.
Flagrante Facultativo	É a permissão constitucional de que qualquer pessoa efetue a prisão em flagrante, incluindo as autoridades policiais fora de serviço.
Flagrante Esperado	Quando a polícia, sabendo que um crime irá se consumir, fica de tocaia, realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados.
Flagrante Preparado ou Provocado	Flagrante em que o agente é induzido ou instigado a cometer o delito, sendo preso no ato. É artifício onde verdadeira armadilha é maquinada no intuito de prender em flagrante aquele que cede à tentação e acaba praticando a infração.
Flagrante Prorrogado, Retardado, Diferido, Postergado	Ocorre quando a polícia deixa de efetuar a prisão, mesmo presenciando o crime, pois do ponto de vista estratégico seria a melhor opção. Organizações criminosas: não precisa de autorização judicial e oitiva do MP. Drogas: precisa.
Flagrante Forjado	É o flagrante armado, fabricado para incriminar pessoa inocente. Evidentemente é ilícito, sendo o único infrator aqui o agente executor da prisão.
Flagrante por Apresentação	Não é flagrante propriamente dito, pois quem se entrega à polícia não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais autorizadas do flagrante. Assim, não será lavrado APFD, apesar de poder o agente ter sua prisão preventiva decretada pela autoridade policial.
Flagrante Vedado	São hipóteses em que a autoridade não pode, de forma alguma, decretar o flagrante delito, sob pena de ilegalidade manifesta.
Procedimento: deverá ser o agente conduzido à delegacia, identificados e ouvidos os condutores, as testemunhas, a vítima e, por fim, o agente. Se não relaxada a prisão ou se não arbitrada fiança, deve ser entregue ao condutor a nota de culpa. Assim, no prazo máximo de 24 horas, devem os autos serem remetidos ao juiz, que deverá relaxar a prisão, conceder liberdade provisória com ou sem medida cautelar, ou decretar a prisão preventiva presentes os pressupostos.	



3.2 PRISÃO PREVENTIVA.

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar de natureza processual, consistente na medida restritiva de liberdade, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a ser 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.

A prisão preventiva somente poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Note-se que a prisão preventiva, nos termos do artigo 313, do Código Processual Penal, somente poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado. Contrário a isso, o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; 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; 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.

Fundamentação:

Arts. 311 a 316 do CPP

A **prisão preventiva** não é uma pena aplicada antecipadamente ao trânsito em julgado, é uma medida cautelar. Por esse motivo, não viola a garantia constitucional de presunção de inocência se a decisão for devidamente motivada e a prisão estritamente necessária.

É uma prisão cautelar que tem o objetivo de evitar que o réu cometa novos crimes ou ainda que em liberdade prejudique a colheita de provas ou fuja. De acordo com o processualista Paulo Rangel, “ se o indiciado ou acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais” (RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 12. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 613).

Pode ser decretada inclusive na fase investigatória da persecução criminal, ou seja, durante o inquérito policial.

É **prisão provisória** na medida em que ainda não pesa condenação contra o possível criminoso; **medida cautelar**, pois tenta resguardar a harmonia social da ordem pública ou da ordem econômica; **excepcional**, decorrente do poder geral de cautela dado ao magistrado; **subsidiária**, muito mais após a promulgação da lei 12.403/2011, sendo somente permitida quando a lei não assegurar outra medida cautelar substitutiva.

2-Enfoque constitucional

É cediço pelo artigo 5º, LVII, da CF/88 que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Aos adeptos da corrente garantista extremada, a interpretação gramatical desta regra supra, poderia mergulhar em conclusões no sentido de que qualquer prisão cautelar seria inconstitucional.

Para quase a maioria esmagadora da doutrina, contudo, não se trata de um instituto que atenta a Carta Política de 1988, mas sim, uma medida indispensável para a manutenção da ordem social e para administração da justiça.

Segundo CLAUS ROXIN, “ entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para a administração da justiça penal eficiente.” [02]

3-Bases legais

Tendo por base o artigo 312 do CPP, para que se decrete a preventiva é necessária a demonstração de prova da existência do crime, trazendo à tona a materialidade e indícios suficientes da autoria ou de participação no fato típico.

Interessante notar que o delito deve ter ocorrido incontestavelmente, e sua comprovação pode ser feita pelos diversos meios de prova admitidos em direito, entretanto, no que toca a autoria, apenas se tem a necessidade de indícios de vinculação do indivíduo à prática do crime.

Ainda nesse pensamento, há de se ressaltar os pressupostos da preventiva e esses formam exatamente *ofumus commissi delicti*, que oferece o básico de segurança para a decretação da medida.

Pelo entendimento do artigo 313 do CPP, a preventiva somente possui envergadura em crimes dolosos, cuja pena, via de regra, ultrapasse quatro anos. Logo, crimes culposos e contravenções parecem ser rejeitados pelo instituto.

É de se observar que caso o réu seja reincidente e com respeito ao que reza o artigo 64, I do Código Penal, pode-se aplicar a prisão preventiva ainda que o novo crime não tenha pena maior que quatro anos.

Com ressalva de parte da doutrina, pode ser decretada a medida cautelar de segregação da liberdade em tela também quando da dúvida sobre a identidade civil do agente e ele não forneça elementos de comprovação de esclarecimentos. A doutrina que vê como medida extrema excepcional revela cabimento na hipótese do acusado se recusar a se submeter a identificação criminal.

No artigo 311 do CPP reside determinação no sentido de se permanecer viva a possibilidade de decretação da preventiva em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal. Assim, é medida que tem alicerce em qualquer fase da persecução criminal.

Necessário notar que apesar de reclamar maior cuidado, a decretação da preventiva ainda no inquérito policial é fato costumeiro na prática penal cotidiana, onde quase sempre há a segregação cautelar da liberdade sem a devida preocupação.

Observação importante é que não mais se faz presente no ordenamento jurídico após a lei 12.403/2011 qualquer opção de prisão preventiva obrigatória. Frise-se que apenas autoridade judiciária competente, em consonância com artigo 5º, LXI, da CF/88 pode decretar a prisão preventiva.



Pressupostos

A prisão preventiva não é uma punição aplicada antecipadamente, inclusive porque a legislação brasileira proíbe a ocorrência de qualquer sanção antes da condenação judicial.

Essa modalidade de prisão é determinada pela Justiça para impedir que o acusado (réu) atrapalhe a investigação, a ordem pública ou econômica e aplicação da lei.

O réu pode ser mantido preso preventivamente até o seu julgamento ou pelo período necessário para não atrapalhar as investigações.

Caso exista a necessidade, a prisão preventiva pode ser decretada inclusive na fase inicial do inquérito policial, e não dá ao acusado o direito de defesa prévia.

A prisão preventiva é a prisão de natureza cautelar mais ampla existente, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, já que pode ser decretada tanto durante o IP quanto na fase processual.

A prisão preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração e os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade de encarceramento.

Admite-se a decretação da preventiva até mesmo sem a instauração do IP, desde que o atendimento aos requisitos legais seja demonstrado por outros elementos indiciários.

Ela é medida de exceção e deve ser aplicada restritivamente, a fim de compatibilizá-la com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CR/88).

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo.

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

A prisão preventiva, **somente deve ser aplicando, como regra, quando as outras medidas cautelares não forem suficientes.**

Em razão da sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, somente se decretará a prisão preventiva “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme se observa com todas as letras no art. 5º, LXI, da Carta de 1988.

É possível a DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA, NÃO SÓ NA PRESENÇA DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO ART. 312, CPP, MAS SEMPRE QUE FOR NECESSÁRIO PARA GARANTIR A EXECUÇÃO DE OUTRA MEDIDA CAUTELAR, DIVERSA DA PRISÃO (ART. 282, § 4º, CPP).

A prisão preventiva, apresenta duas características bem definidas, a saber:

- autônoma, podendo ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior;
- subsidiária, a ser decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta.

Existem ainda quatro situações claras em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

- A qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (art. 311, CPP);
- Como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP);
- Em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP);
- Quando houver fundadas dúvidas sobre a identidade do acusado, devendo ele ser imediatamente liberado assim que confirmada for.

De outro modo, **não será cabível a preventiva:**

- Para os crimes culposos, contravenção penal ou se no caso concreto está presente qualquer causa excludente de ilicitude, isso decorre do postulado da proporcionalidade, na perspectiva da proibição do excesso, a impedir que uma medida cautelar seja mais grave e onerosa que o resultado final do processo condenatório;
- Quando não for prevista pena privativa da liberdade para o delito** (art. 283, § 1º, CPP).

3.3 LEI Nº 7.960/1989 (PRISÃO TEMPORÁRIA).

A prisão temporária é a única prisão de natureza cautelar com prazo de duração preestabelecido, cabível, exclusivamente, na fase pré-processual, durante o inquérito policial, cujo objetivo é o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação, para possibilitar uma investigação policial eficiente e sem obstáculos que poderiam ser opostos pelo investigado.

É espécie de prisão cautelar com prazo determinado decretada no curso das investigações quando a prisão for indispensável para a colheita de elementos probatórios relativos às infrações do artigo 1, III, da Lei nº 7.960/89 e de crimes hediondos e equiparados.

Originou-se da medida provisória nº 101, de 1989. Hoje MP não pode versar sobre Direito Processual Penal, conforme EC 32/01, o que fez com que muitos discutissem a constitucionalidade da prisão temporária.

a) Paulo Rangel entende que seria inconstitucional. Para ele teria um vício de inconstitucionalidade formal, mas esta posição não é majoritária.

b) O STF julgou a ADI 162 sobre o assunto e rejeitou a tese, entendendo pela constitucionalidade da lei a prisão temporária.

Decretação

Ela está adstrita à cláusula de reserva jurisdicional, somente podendo ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do MP.

A PRISÃO TEMPORÁRIA NUNCA PODERÁ SER DECRETADA DE OFÍCIO PELO JUIZ, assim como não poderá a vítima requerer a sua decretação. Evidencia isso a própria natureza da medida, já que, se ela visa a uma efetividade do procedimento investigatório, somente quem investiga (MP ou polícia judiciária) poderia saber sobre sua necessidade ou não.



Cabimento

É essencial a presença do *fumus commissi delicti* (materialidade) e do *periculum libertatis* para sua decretação. Ou seja, o *fumus boni iuris* seria a materialidade, enquanto o *periculum in mora* seria o perigo representado pela liberdade do investigado para as investigações. Além disso, o art. 1º da Lei nº 7.960/89 exige:

i. Imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial: deve haver elementos suficientes que demonstrem que a liberdade do indiciado poderá frustrar as investigações.

ii. Indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos para sua identificação: aqui, é necessário que haja um risco efetivo do indivíduo fugir. Não basta a ausência de residência fixa. Relativamente à identificação, a autoridade deve proceder a identificação criminal caso não seja possível a identificação civil, permanecendo o indiciado em liberdade.

iii. Quanto houver fundada suspeita de autoria ou participação nos seguintes crimes (taxativos): homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crime contra o sistema financeiro, crimes hediondos ou equiparados.

A corrente majoritária admite a prisão temporária desde que esteja obrigatoriamente presente uma das hipóteses da letra “c” conjugada com as das letras “a” ou “b”, alternativamente.

Decretação da prisão temporária requer: inciso III+ incisos I ou II

Não é apenas o indiciado, sujeito formalmente apontado pela autoridade policial como autor da infração penal, que estará sujeito à prisão temporária, mas também outras pessoas que influam na investigação criminal.

11.5.4. Prazos

a) Regra geral: 05 dias, prorrogável por mais 05 em caso de extrema e comprovada necessidade. Se o pedido de prorrogação vier da polícia, o MP necessariamente deverá ser ouvido.

b) Crimes hediondos e equiparados: prazo de 30 dias, prorrogável por mais 30, em caso de comprovada e extrema necessidade.

São prazos limites, não sendo o juiz obrigado a decretar sempre por 30 dias. Se ele entender que 10 dias são suficientes, basta.

a) Se pessoa se apresenta às 23 horas já vale como um dia.

b) Decorrido o prazo da prisão temporária, o preso deverá ser colocado em liberdade, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva.

A prorrogação, se pedida pela autoridade policial, deverá ser precedida obrigatoriamente da oitiva do MP. Entretanto, ela sempre deverá ser fundamentada, devendo o legitimado demonstrar ao juiz o que fez no primeiro período e o que pretende fazer no segundo.

O prazo da prisão temporária será acrescentado ao prazo que a autoridade policial possui para concluir o IP.

11.5.5. Procedimento

a) Representação policial ou requerimento do MP;

b) Despacho fundamentado do juiz, em 24 horas, decidindo sobre a temporária, ouvindo o MP se tiver havido representação;

c) Expedição de mandado de prisão em duas vias, sendo uma entregue ao preso como nota de culpa;

d) Durante o prazo da temporária, pode o juiz, de ofício ou a requerimento do MP ou do defensor, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito;

e) Decorrido o prazo legal, o preso deve ser posto imediatamente em liberdade, salvo se decretada a prisão preventiva;

f) Como a liberdade é imediata, é desnecessário ao delegado receber o alvará de soltura para liberar o investigado, salvo se para soltar antes do prazo fixado pelo juiz, hipótese em que deve haver o alvará de soltura expedido pelo juiz.

Por fim, lembrar que o preso temporariamente deve permanecer obrigatoriamente separado dos demais detentos.

LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989.

Conversão da Medida Provisória nº 111, de 1989 Dispõe sobre prisão temporária.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.



§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Art. 4º O art. 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea i, com a seguinte redação:

“Art. 4º

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade;”

Art. 5º Em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 21 de dezembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

JOSÉ SARNEY

3.4 ALTERAÇÕES DA LEI Nº 12.403/2011.

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

A **PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“TÍTULO IX

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”

“Art. 282. 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)

“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.” (NR)

“Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.



§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.” (NR)

“**Art. 299.** A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.” (NR)

“**Art. 300.** As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.” (NR)

“**Art. 306.** A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” (NR)

“**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.” (NR)

“**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.” (NR)

“**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).” (NR)

“**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).

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.” (NR)

“**Art. 314.** A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.” (NR)

“**Art. 315.** A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” (NR)

“CAPÍTULO IV DA PRISÃO DOMICILIAR”

“**Art. 317.** A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” (NR)

“**Art. 318.** Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” (NR)

“CAPÍTULO V DAS OUTRAS 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 (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” (NR)

“**Art. 320.** A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.” (NR)

“**Art. 321.** Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

I - (revogado)

II - (revogado).” (NR)

“**Art. 322.** A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

“**Art. 323.** Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV - (revogado);

V - (revogado).” (NR)

“**Art. 324.** Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado);

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).” (NR)

“**Art. 325.** O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada).

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).” (NR)

“**Art. 334.** A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.” (NR)

“**Art. 335.** Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).” (NR)

“**Art. 337.** Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.” (NR)

“**Art. 341.** Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.” (NR)



“[Art. 343](#). O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.” (NR)

“[Art. 344](#). Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.” (NR)

“[Art. 345](#). No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“[Art. 346](#). No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“[Art. 350](#). Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.” (NR)

“[Art. 439](#). O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.” (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:

“[Art. 289-A](#). O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juiz que a decretou.

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado a Defensoria Pública.

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

Art. 4º São revogados o [art. 298](#), o [inciso IV do art. 313](#), os [§§ 1º a 3º do art. 319](#), os [incisos I e II do art. 321](#), os [incisos IV e V do art. 323](#), o [inciso III do art. 324](#), o [§ 2º](#) e seus [incisos I, II e III do art. 325](#) e os [arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.](#)

Brasília, 4 de maio de 2011; 190ª da Independência e 123ª da República.

4 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PROCESSUAL PENAL.

Direitos constitucionais-penais. Há se estudar alguns direitos dispostos no art. 5º, da Constituição Federal:

A) *Princípio da legalidade.* Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, CF). Ademais, a lei penal somente retroagirá se para beneficiar o acusado (art. 5º, XL, CF);

B) *Princípio da pessoalidade das penas.* Nenhuma pena passará da pessoa do condenado (apenas a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens podem passar da pessoa do condenado, se estendendo aos seus sucessores até o limite do patrimônio transferido). Eis o teor inciso XLV, do art. 5º, da Lei Fundamental pátria;

C) *Princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade).* Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF). Assim, enquanto for possível algum recurso, a presunção do acusado é de inocência.

Isso não represente um óbice à imposição de prisões processuais/medidas cautelares diversas da prisão, todavia;

D) *Crimes previstos na Constituição.* A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLVV).

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (art. 5º, XLIII, CF).

Por fim, constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF);

E) *Direitos relacionados a prisões.* Em regra, toda prisão deve ser determinada pela autoridade judicial, mediante ordem escrita e fundamentada, salvo se em caso de flagrante delito (art. 5º, LXI, CF).

Ato contínuo, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII, CF).



Nada obstante, o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado (direito a não autoincriminação), sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII, CF).

O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV, CF), valendo lembrar que toda prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judicial (art. 5º, LXV, CF).

Ademais, ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI, CF).

Por fim, às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L, CF);

F) Penas admitidas e vedadas pelo ordenamento pátrio. São admitidas as penas de privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, bem como suspensão ou interdição de direitos.

Por outro lado, não haverá penas de morte (salvo em caso de guerra declarada pelo Presidente da República contra nação estrangeira), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. Eis o teor do inciso XLVI, do art. 5º, da Magna Carta pátria;

G) Uso de algemas. Consoante a Súmula Vinculante nº 11, só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado;

H) Sigilosidade do inquérito policial para o defensor de acusado. De acordo com o art. 20, do Código de Processo Penal, a autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Mas, esse sigilo não é absoluto, pois, em verdade, tem acesso aos autos do inquérito o juiz, o promotor de justiça, e a autoridade policial, e, ainda, de acordo com o art. 5º, LXIII, CF, com o art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94 (“Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil”), e com a Súmula Vinculante nº 14, o advogado tem acesso aos atos já documentados nos autos, independentemente de procuração, para assegurar direito de assistência do preso e investigado.

Desta forma, veja-se, o acesso do advogado não é amplo e irrestrito. Seu acesso é apenas às informações já introduzidas nos autos, mas não em relação às diligências em andamento.

Caso o delegado não permita o acesso do advogado aos atos já documentados, é cabível reclamação ao STF para ter acesso às informações (por desrespeito a teor de Súmula Vinculante), *habeas corpus* em nome de seu cliente, ou o meio mais rápido que é o mandado de segurança em nome do próprio advogado, já que a prerrogativa violada de ter acesso aos autos é dele.

Alguns princípios aplicáveis ao processo penal. A seguir, há se estudar alguns princípios com incidência no direito processual penal. Vejamos:

A) Princípio do devido processo legal. Previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, é um conjunto de direitos e garantias constitucionais aplicáveis ao processo. Alguns estão expressos na Lei Fundamental, como o contraditório e a ampla defesa; outros estão implícitos, como a ideia de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo ou mesmo o duplo grau de jurisdição;

B) Princípio do contraditório e da ampla defesa. “Contraditório” e “ampla defesa” não são a mesma coisa, vale frisar preliminarmente, apesar de previstos conjuntamente no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Por “contraditório” há se entender as informações necessárias às partes de tudo o que acontece no curso do processo, mais a possibilidade de reagir ou não em relação ao que acontece no processo.

Já a “ampla defesa” engloba tanto a *defesa técnica por defensor indispensável*, bem como a *autodefesa*, exercida pelo próprio réu;

C) Princípio da presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória / Princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Previsto no art. 5º, LVII, da CF, por tal ninguém será considerado culpado até sentença condenatória transitada em julgado. Disso decorrem duas consequências primordiais, a saber, a de que a prisão processual é excepcional, e a de que o uso de algemas é excepcional;

D) Princípio da verdade real. À *verdade real* se contrapõe a *verdade formal*. Enquanto na *verdade formal* a autoridade judicial se limita ao que está nos autos (isto é, a verdade é o que ficou estabelecido no processo, independentemente de fatores externos demonstrarem o contrário), na *verdade real* o juiz deve investigar os fatos como realmente ocorreram, ainda que isso não esteja previamente disposto nos autos.

Com o perdão da redundância, pode-se dizer que a verdade real é a chamada “*verdade verdadeira*”, porque concentra esforços em efetivamente desvendar o que aconteceu e, com isso, adotar a medida processual que se julgar mais adequada.

Enquanto no processo civil a verdade formal ainda é a tônica marcante, no processo penal a verdade real é aquela que deve ser cobiciada;

E) Princípio da imparcialidade. Todos os fatos devem ser apreciados por uma autoridade judicial que, com eles ou com os agentes que os praticaram, não tenha prévio envolvimento. Segundo tal axioma, o magistrado deve se abster de juízos pré-condenatórios ou pré-absolutórios, guardando-os para quando estiver próximo de sua convicção.

A imparcialidade não pode ser tratada como sinônimo de inércia absoluta, contudo. Se o juiz determinar a produção de alguma prova, ou tomar alguma medida procedimental necessária que se revista em prejuízo para acusação ou defesa, isso não deve ser entendido como ofensa à imparcialidade;

F) Princípio da iniciativa das partes (ou princípio da ação). Este princípio é também conhecido como “*ne procedat iudex ex officio*” e, por tal, a jurisdição deve ser inerte, cabendo às partes o exercício do direito de ação em busca de um provimento jurisdicional;

G) Princípio do impulso oficial. Se o início do processo compete às partes, o capitaneamento dos atos procedimentais serão determinados pela autoridade judicial;

H) Princípio da identidade física do juiz. Trata-se de inovação trazida ao Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/08, que estabeleceu no segundo parágrafo, do art. 399, da Lei Adjetiva, que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir sentença. Até 2008, este princípio não era vigente para o CPP, apesar de válido há tempos no Código de Processo Civil;



I) *Princípio do “favor réu” (ou princípio do “favor rei”)*. A dúvida sempre deve beneficiar o acusado, em regra. É por isso que a revisão criminal e os embargos infringentes, *p. ex.*, só existem para a defesa;

J) *Princípio da motivação das decisões*. Consagrado no art. 93, IX, da Lei Fundamental da República, tal princípio prevê que o juiz é livre para decidir da maneira que melhor lhe convier, desde que o faça fundamentadamente, isto é, embasado em argumentos sólidos e comprovados da melhor maneira possível no processo;

K) *Princípio da publicidade*. Todos os atos processuais devem ser públicos. Eis o teor do previsto no art. 792, CPP, que traz tal regra. Excepcionalmente, contudo, de acordo com o primeiro parágrafo do dispositivo procedimental em evidência, se da publicidade da audiência, da sessão, ou do ato processual, puder resultar *escândalo, inconveniente grave* ou *perigo de perturbação da ordem*, a autoridade judicial poderá, de ofício ou a requerimento das partes, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes;

L) *Princípio do duplo grau de jurisdição*. Tal postulado não se encontra explicitamente consagrado em qualquer dispositivo originário do direito interno. Há quem retire sua validade do simples direito de recorrer, ou, então, da própria estrutura do Poder Judiciário estabelecida nos arts. 92 e seguintes da Constituição, que prevê uma hierarquia entre juízes e tribunais.

O *Pacto de San José da Costa Rica*, contudo, internalizado pelo Decreto nº 678/92, em seu art. 8º, n. 2, “h”, dispõe que, dentre as garantias mínimas que devem ser oportunizadas ao acusado, está a de que todos devem ter o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior;

M) *Princípio da economia e da celeridade processual*. Deve-se buscar a celeridade com a menor quantidade de atos possíveis, e no menor tempo possível. Neste sentido, a Constituição Federal recebeu em seu art. 5º, graças à Emenda nº 45/2004, um inciso LXXVIII, segundo o qual a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Para se aferir essa “*duração razoável*”, deve-se analisar a complexidade da causa, o número de agentes envolvidos, e a conduta das partes envolvidas;

N) *Princípio da proporcionalidade*. Usado no mesmo sentido da razoabilidade (em regra), o postulado da proporcionalidade não está expresso no texto constitucional, sendo sua consagração implícita, portanto.

Com efeito, três são os subpostulados que concretizam o princípio da proporcionalidade, a saber, o *subpostulado da adequação* (a medida adotada tem de ser apta a atingir o fim almejado), o *subpostulado da exigibilidade (ou necessidade, ou menor ingerência possível)* (o meio deve ser o menos oneroso possível), e o *subpostulado da proporcionalidade em sentido estrito* (é a relação entre o custo e o benefício da medida);

O) *Princípio da inexigibilidade de auto-incriminação*. Também conhecido por “*nemo tenetur se detegere*”, tal axioma assegura que ninguém pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo. É este princípio que fundamenta, *p. ex.*, o direito ao silêncio, ou mesmo o direito de mentir em juízo em benefício próprio;

P) *Princípio da autoritariedade*. Os órgãos investigadores, processadores, e julgadores devem ser *autoridades públicas*;

Q) *Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas de maneira ilícita*. De acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Tal princípio será melhor trabalhado quando do estudo do tema “provas”.



ANOTAÇÕES

Lined area for writing notes, consisting of multiple horizontal lines.

