

2019

8^a
ED.

MANUAL DE

PROCESSO PENAL

ANDRÉ

NICOLITT

atualizado de
acordo com:

- *Lei nº 13.721, de 2018*
- *Lei nº 13.641, de 2018*
- *Lei Nº 13.769, de 2018*
- *Provimento 188/2018 CFOAB*

MANUAL DE

PROCESSO PENAL

2019 8^a
ED.

MANUAL DE

PROCESSO PENAL

ANDRÉ

NICOLITT

atualizado de
acordo com:

- *Lei nº 13.721, de 2018*
- *Lei nº 13.641, de 2018*
- *Lei Nº 13.769, de 2018*
- *Provimento 188/2018 CFOAB*



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, André Nicolitt.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini

Diagramação
Bárbara Rodrigues
Letícia Robini

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

NICOLITT, André.

Manual de processo penal -- 8 ed. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
1108 p.

ISBN: 978-85-60519-60-6

1. Direito. 2. Direito Processual Penal. I. Título. II. Autor

CDD347.9

CDU341.43

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



A advocacia é uma função essencial à justiça e à democracia. Portanto, Dedico esta edição aos advogados que muito admiro: Antonio Pedro Melchior, Cezar Roberto Bitencourt, Carlos Eduardo Machado, João Tancredo, Juarez Tavares, Nilo Batista, Sergio Bermudes e Daniel Sarmento.

À Beatriz Macedo, Bernadeth Lopes e Victor Jaccoud pelo apoio incondicional.

À Leitora Julieli Brandt pelos apontamentos à edição anterior

À paciência, companheirismo, amor e devoção de Adriana Pereira.

SUMÁRIO

<i>PREFÁCIO</i>	29
<i>NOTA INTRODUTÓRIA À 8ª EDIÇÃO</i>	31
<i>NOTA INTRODUTÓRIA À 7ª EDIÇÃO</i>	33
<i>NOTA INTRODUTÓRIA À 6ª EDIÇÃO</i>	35
<i>NOTA INTRODUTÓRIA À 5ª EDIÇÃO</i>	37
<i>NOTA INTRODUTÓRIA À 4ª EDIÇÃO</i>	39
<i>NOTA INTRODUTÓRIA À 1ª EDIÇÃO</i>	41
1. ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL	43
1.1. Interpretação da lei processual penal: interpretação prospectiva e aplicação imediata dos direitos fundamentais.....	44
1.2. Classificação da hermenêutica.....	45
1.3. Lei processual penal no espaço.....	46
1.4. Lei processual penal no tempo.....	47
1.5. Leis penais processuais mistas (ou híbridas).....	48
1.6. Resumos esquemáticos.....	49
2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO	53
2.1. É possível falar em uma teoria geral do processo?.....	53
2.2. Jurisdição.....	56
2.2.1. A jurisdição no quadro atual do direito: neoconstitucionalismo e garantismo.....	56
2.2.1.1. Constitucionalismo principialista.....	58
2.2.1.2. Constitucionalismo garantista (ou juspositivista reforçado).....	59
2.2.1.3. As críticas lançadas ao neoconstitucionalismo.....	60
2.2.1.4. Nossa posição: processo penal, garantismo e neoconstitucionalismo.....	60
a) <i>Superação do positivismo</i>	61
b) <i>Conexão direito e moral</i>	61

c) <i>A técnica de ponderação</i>	61
d) <i>Ativismo judicial</i>	62
2.2.1.5. Apontamentos introdutórios à teoria do garantismo.....	64
2.2.1.6. Garantismo Penal: Sistema Garantista SG.....	66
2.2.2. Escopo da jurisdição.....	68
a) <i>Teoria do conflito e teoria da atuação do direito</i>	68
b) <i>Jurisdição com escopo de satisfazer pretensões (Jaime Guasp)</i>	68
2.2.3. Pretensão e lide.....	69
2.2.4. Jurisdição como função realizadora dos valores constitucionais.....	69
2.2.5. Características.....	70
2.2.6. Princípio da jurisdição.....	70
2.2.7. Notas sobre teoria da justiça.....	71
2.2.7.1. Teoria da Jurisdição e Teoria da Justiça.....	71
2.2.7.2. O que é justiça?.....	73
2.2.7.3. A fórmula <i>suum cuique</i>	75
2.2.7.4. A Justiça em Platão.....	76
2.2.7.5. Justiça em Aristóteles.....	77
2.2.7.6. Justiça em Hobbes.....	79
2.2.7.7. Justiça em Kant.....	80
2.2.7.8. Justiça em Kelsen.....	81
2.2.7.9. Justiça: nossas conclusões.....	82
2.3. Ação.....	84
a) <i>Teorias imanentistas do direito de ação</i>	84
b) <i>Teoria autônoma e concreta do direito de ação</i>	85
c) <i>Teoria autônoma e abstrata do direito de ação</i>	85
2.3.1. Teoria da ação de Liebman.....	85
2.3.2. Conceito e natureza jurídica da ação e a ação penal como dever jurídico.....	85
2.3.3. Condições para o regular exercício do direito de ação.....	87
2.4. Processo.....	88
2.4.1. Processo como contrato e quase contrato.....	88
2.4.2. Processo como relação jurídica X processo como situação jurídica.....	89
2.4.3. Processo como instituição.....	90
2.4.4. Processo como categoria autônoma.....	90
2.4.5. Processo como garantia fundamental (nossa posição).....	90
2.4.6. Processo penal: conceito.....	93
2.5. Nota introdutória à teoria geral dos direitos fundamentais.....	94
2.5.1. Questão conceitual: direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos.....	95
2.5.1.1. Definição de direitos fundamentais para fins didáticos.....	96
2.5.2. História e dimensões dos direitos fundamentais.....	96
2.5.2.1. Direitos de Primeira Geração.....	101
2.5.2.2. Direitos de Segunda Geração.....	101
2.5.2.3. Direitos de Terceira Geração.....	102
2.5.2.4. Direitos de Quarta Geração.....	103
2.5.3. Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil (1988).....	104
2.5.4. Sistema aberto de direitos fundamentais (abertura material dos direitos fundamentais).....	105
2.5.5. Direitos Fundamentais e suas restrições (o problema dos limites).....	108
2.5.5.1. Requisitos das leis restritivas.....	113
2.5.5.2. Proteção do conteúdo essencial.....	114
2.5.5.3. Leis harmonizadoras e conformadoras.....	116

2.5.6. Eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.....	116
2.5.6.1. Eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	118
2.6. Resumos esquemáticos.....	118

3. DESENHO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 125

3.1. Princípios constitucionais do processo penal.....	127
3.1.1. Princípios: conceito e classificações.....	128
3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	128
3.3. Devido processo legal.....	131
3.3.1. Apontamentos históricos.....	131
3.3.2. Evolução do conteúdo do princípio.....	132
3.3.3. O devido processo legal – O direito ao processo justo.....	133
3.4. Princípio do acesso à justiça e sua tridimensionalidade.....	134
3.5. O princípio do juiz natural.....	136
3.6. Princípio da igualdade – Paridade de armas.....	137
3.7. Princípios do contraditório, da ampla defesa, da plenitude de defesa, da assistência judiciária e do duplo grau de jurisdição.....	142
3.7.1. Contraditório.....	142
3.7.2. Ampla defesa.....	143
3.7.3. Plenitude de defesa.....	144
3.7.4. Assistência judiciária.....	145
3.7.5. Princípio do duplo grau de jurisdição.....	145
<i>Nossa posição.....</i>	145
3.8. Princípio da publicidade e da motivação.....	147
3.8.1. Publicidade opressiva.....	148
3.8.2. Motivação.....	152
3.9. Princípio da duração razoável do processo.....	153
3.9.1. Duração razoável do processo: apontamentos históricos, conceito e natureza jurídica.....	153
3.9.2. Teoria do prazo fixo X teoria do não prazo.....	154
3.9.3. Como medir a duração razoável do processo? Critério do TEDH.....	158
3.9.4. Consequência pelo descumprimento do prazo razoável.....	162
3.9.5. As soluções compensatórias no processo penal.....	162
3.9.6. Duração razoável e prisão cautelar.....	165
3.10. Princípio da presunção de inocência e sua axiologia tridimensional.....	165
3.10.1. Apontamento histórico sobre a presunção de inocência.....	166
3.10.2. Presunção de inocência ou de não culpabilidade?.....	167
3.10.3. As três dimensões.....	168
3.10.3.1. Regra de tratamento.....	168
3.10.3.2. Regra de julgamento.....	169
<i>Presunção de Inocência – in dubio pro reo – favor rei: há diferenças?.....</i>	169
<i>Favor rei.....</i>	169
<i>In dubio pro reo.....</i>	170
3.10.3.3. Regra de garantia.....	170
3.10.3.4. Da eficácia irradiante da presunção de inocência.....	170
3.11. Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.....	171
3.12. Princípio da reserva de jurisdição.....	172
<i>Nossa posição.....</i>	177
3.12.1. Reserva de Jurisdição, WhatsApp e Smartphone.....	180

3.13. Direito a não autoincriminação: nemo tenetur se detegere.....	181
3.14. Ne bis in idem.....	183
3.15. Outros aspectos relevantes do processo penal na Constituição.....	186
3.16. Resumos esquemáticos.....	186

4. PERSECUÇÃO PENAL (INVESTIGAÇÃO CRIMINAL) 191

4.1. Investigação criminal.....	191
4.1.1. Polícia Judiciária.....	191
4.2. Investigação criminal: quem pode investigar?.....	194
4.2.1. Investigação pela polícia.....	194
4.2.2. Investigação pelo Ministério Público.....	194
4.2.2.1. Nossa posição e a posição do STF.....	198
<i>Nossa posição</i>	198
<i>Posição do STF</i>	199
<i>Conclusões a partir da decisão do STF</i>	200
a) <i>Subsidiariedade e excepcionalidade</i>	200
b) <i>Formalidades da investigação (forma como garantia)</i>	202
c) <i>Marco legal da investigação direta pelo MP</i>	204
4.2.3. Investigação pelas CPIs.....	207
4.2.4. Investigação pelos Tribunais.....	208
4.2.5. Peças de informação e detetive particular.....	208
4.3. Inquérito policial: natureza jurídica, finalidade e conceito.....	209
4.3.1. Características.....	210
a) <i>Inquisitorial</i>	210
a.1) <i>Investigação criminal e Lei 13.245/2016</i>	211
b) <i>Informativo</i>	213
b.1) <i>Nossa posição sobre o inquérito e o Tribunal do Júri</i>	214
c) <i>Sigiloso (sigilo interno paucial respeitando a garantia de acesso pelo defensor)</i>	214
d) <i>Escrito</i>	218
e) <i>Indisponível</i>	218
f) <i>Dispensável ou prescindível</i>	218
g) <i>Sistemático</i>	218
h) <i>Unidirecional (abandonamos esta característica – novo entendimento)</i>	218
4.3.2. Vícios, formalidades e caráter informativo.....	219
4.3.3. Instauração.....	222
4.3.3.1. Dos atos formais de instauração.....	222
4.3.3.2. Notícia do crime.....	223
4.3.3.3. VPIs (Verificação da Preliminar de Inquérito).....	224
4.3.3.4. Instauração do inquérito e as espécies de ação penal.....	225
4.3.3.5. Recurso ao chefe de polícia.....	226
4.3.3.6. Instauração por requisição.....	226
4.3.4. Indiciamento.....	227
<i>Conceito</i>	228
<i>Momento</i>	228
<i>Atribuição</i>	229
<i>Efeitos do Indiciamento</i>	230
<i>Indiciamento e Lavagem de Dinheiro</i>	230
4.3.5. Desenvolvimento do inquérito policial.....	232

4.3.5.1. Deslocamento ao local, apreensão de objetos, buscas domiciliares e poder de requisição (Lei 13.344/2016).....	232
<i>Nossa posição</i>	236
4.3.5.2. Oitiva do Ofendido, Oitiva do indiciado e produção antecipada de prova.....	239
<i>Oitiva do ofendido</i>	239
<i>Oitiva do indiciado</i>	240
<i>Produção antecipada de prova e depoimento especial</i>	241
4.3.5.3. A identificação do indiciado.....	243
4.3.5.4. Incomunicabilidade do preso.....	244
<i>Nossa posição</i>	244
4.3.5.5. Condução Coercitiva.....	245
<i>Natureza Jurídica e Espécies</i>	245
<i>Condução coercitiva do acusado ou indiciado</i>	246
<i>Condução coercitiva como medida cautelar autônoma</i>	247
<i>Síntese das correntes</i>	249
<i>Nossa posição</i>	250
<i>Posição do STF nas ADPFs 395 e 444</i>	250
<i>Da condução de testemunhas, do ofendido e de peritos</i>	251
<i>Condução coercitiva e reserva de jurisdição</i>	252
4.3.5.6. Delação (Colaboração) Premiada.....	253
4.3.5.6.1. Delação e Prisão.....	254
4.3.5.6.2. Acordo semântico: Delação, colaboração e cooperação.....	256
4.3.5.6.3. Delação Premiada: natureza jurídica.....	257
4.3.5.6.4. Delação Premiada: Espécies.....	261
4.3.5.6.5. Sujeitos envolvidos na Delação.....	262
<i>Atores do acordo de colaboração premiada</i>	263
<i>Delator e seu defensor</i>	263
<i>Ministério Público e Delegado de Polícia</i>	265
<i>Corréus</i>	267
<i>Juiz</i>	267
4.3.5.6.6. Delação premiada como meio de obtenção de prova.....	269
4.3.5.6.7. Regime da Delação na Lei 12.850/2013.....	272
<i>Perdão e aplicação do art. 28 do CPP</i>	273
<i>Do não oferecimento da denúncia pelo MP</i>	274
<i>Procedimento</i>	276
<i>Da retratação</i>	276
<i>Aspectos formais</i>	281
4.3.6. Encerramento do inquérito.....	281
4.3.6.1. Conclusão.....	281
4.3.6.2. Dos prazos.....	282
4.3.6.2.1. Prazo do Inquérito, indiciado preso e Lei 12.403/2011.....	283
4.3.6.2.2. Prazo do Inquérito e réu solto: constitucionalidade do § 3.º do art. 10 do CPP.....	285
<i>Nossa posição</i>	285
4.3.7. Baixa para diligências imprescindíveis.....	286
4.3.8. Arquivamento.....	286
4.3.8.1. Natureza do arquivamento.....	287
4.3.8.2. O controle sobre o arquivamento do inquérito policial e a inconstitucionalidade do art. 28 do CPP.....	288
4.3.8.3. Arquivamento implícito.....	291
4.3.8.4. Arquivamento indireto.....	293

4.3.9. Desarquivamento.....	294
4.3.9.1. Novas provas.....	295
4.3.10. Inquérito policial e legislação especial.....	296
4.3.11. Investigação defensiva.....	297
<i>Nossa análise crítica</i>	298
4.4. Resumos esquemáticos.....	299

5. AÇÃO PENAL 311

5.1. Ação penal: conceito e natureza jurídica.....	311
5.2. Condições para o regular exercício do direito de ação.....	312
5.2.1. Legitimidade.....	313
5.2.2. Interesse de agir.....	315
5.2.2.1. Inconstitucionalidade da parte final do § 1.º do art. 110 do CP.....	316
5.2.3. Possibilidade jurídica da demanda.....	319
5.2.4. Originalidade.....	321
5.2.5. Justa causa.....	323
5.3. Classificação.....	324
5.3.1. Ação penal pública.....	324
5.3.1.1. Ação penal pública condicionada: as condições específicas de procedibilidade.....	324
5.3.1.2. Da representação do ofendido.....	325
5.3.1.3. Ação penal: parlamentares e chefes de governo.....	326
5.3.2. Da ação penal de iniciativa privada.....	327
5.3.2.1. Ação penal de iniciativa privada: classificação.....	328
<i>a) Ação penal exclusiva ou propriamente dita</i>	328
<i>a1) Ação penal privada exclusiva comum</i>	328
<i>a2) Ação penal privada personalíssima</i>	328
<i>a3) Ação penal privada condicionada</i>	328
<i>b) Ação penal privada subsidiária da pública</i>	329
5.3.2.2. Ação privada e os institutos da substituição e da sucessão processual.....	329
5.4. Princípios que regem a ação penal pública.....	330
5.4.1. Princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade.....	330
5.4.2. Princípios da oficialidade e da indivisibilidade.....	331
5.4.3. Princípio da intranscendência.....	333
5.5. Princípios que regem a ação penal privada.....	333
5.5.1. Princípios da oportunidade, da disponibilidade e da indivisibilidade.....	333
5.6. Denúncia, queixa e aditamento.....	334
5.6.1. Denúncia.....	334
5.6.1.1. Denúncia genérica e imputação alternativa.....	335
<i>a) Denúncia genérica</i>	335
<i>b) Imputação alternativa</i>	336
5.6.1.2. Qualificação do acusado, classificação do crime e rol de testemunhas.....	339
5.6.1.3. Outras exigências formais.....	340
5.6.2. Queixa.....	340
5.6.3. Aditamento: conceito e classificação.....	341
<i>a) Aditamento próprio</i>	341
<i>b) Aditamento impróprio</i>	341
5.6.3.1. Aditamento da denúncia.....	342
5.6.3.2. Aditamento da queixa.....	344
<i>Nossa posição</i>	345

5.7. Prazos para denúncia e para o exercício do direito de queixa.....	347
5.7.1. Prazo para a denúncia.....	347
5.7.2. Prazo para a queixa.....	349
5.8. Direito de queixa e adolescente casado ou emancipado.....	350
5.9. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.....	351
5.9.1. Antigo regramento da ação penal nos crimes contra os costumes.....	351
5.9.2. As antigas hipóteses do § 1.º, art. 225 do CP: vítima pobre e abuso do pátrio poder.....	354
<i>Nossa posição até então.....</i>	354
5.9.3. Regramento a partir da Lei 12.015/09: ação penal nos crimes contra a dignidade sexual e a controvérsia em razão da qualificadora.....	356
<i>Nossa posição até então.....</i>	358
5.9.4. Questões intertemporais atinentes à Lei 12.015/09.....	359
5.9.5. Panorama a partir da Lei 13.718/2018.....	360
5.10. Ação penal nos crimes contra a honra de funcionário público.....	361
5.11. Extinção da punibilidade.....	361
5.11.1. Prescrição, decadência e perempção.....	362
a) <i>Prescrição.....</i>	362
b) <i>Decadência.....</i>	363
c) <i>Perempção e desistência.....</i>	364
5.11.2. Renúncia ao direito de queixa.....	366
5.11.3. Perdão do ofendido.....	367
5.11.4. Renúncia e retratação ao direito de representação.....	367
5.12. Ação penal e sentença: princípio da correlação.....	368
5.12.1. <i>Emendatio libelli</i> e <i>mutatio libelli</i> : distinção.....	369
5.12.2. A dinâmica da <i>emendatio</i> e da <i>mutatio</i> no CPP e na doutrina tradicional.....	371
5.12.3. Nossa leitura crítica dos institutos.....	372
5.12.3.1. <i>Emendatio libelli</i> e seu momento processual.....	372
5.12.3.2. A <i>mutatio libelli</i> : juiz acusador e juiz que provoca a acusação. Inconstitucionalidades.....	373
5.12.3.3. Aditamento e aplicação do art. 28 do CPP.....	375
5.12.3.4. Superveniente alteração de legitimidade.....	376
5.12.3.5. Aditamento e sistema recursal.....	377
5.13. Ação civil ex delicto.....	377
5.13.1. Ação civil: questões controvertidas.....	380
a) <i>Legitimidade do Ministério Público para ajuizar reparação civil de vítima pobre.....</i>	380
b) <i>Fixação do valor mínimo da reparação do dano.....</i>	380
5.13.2. Composição civil dos danos.....	382
5.14. Resumos esquemáticos.....	382

6. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

407

6.1. Jurisdição.....	407
6.2. Competência e os princípios que lhes são aplicáveis.....	407
a) <i>Princípio do Juiz Natural.....</i>	408
b) <i>Princípio da indisponibilidade e da tipicidade de competência.....</i>	408
6.3. Estrutura do Poder Judiciário no Brasil: competências recursal e originária.....	409
6.3.1. Classificação: Justiças Comum e Especializada; Justiças Federal e Estadual.....	412
6.4. Da fixação da competência.....	415
6.4.1. Da fixação da competência de justiça.....	415
6.4.1.1. Competência da Justiça Federal.....	415

6.4.1.2. Competência das Justiças Militar Federal e Militar Estadual.....	417
6.4.1.3. Competência da Justiça Eleitoral.....	422
6.4.1.4. Da competência da Justiça do Trabalho para julgar habeas corpus.....	425
6.4.1.5. Competência da Justiça Estadual (comum).....	426
6.4.2. Competência de foro (competência territorial).....	426
6.4.3. Competência do juízo.....	429
6.5. Incompetências absoluta e relativa: efeitos.....	430
<i>Nossa posição</i>	431
6.6. Competência por prerrogativa de função.....	432
<i>Restrição a prerrogativa de foro imposta pelo STF – AP 937</i>	433
<i>Nossa posição</i>	435
6.6.1. Foro por prerrogativa e cessação do exercício da função (art. 84, § 1.º, CPP).....	436
6.6.2. Foro por prerrogativa e ação de improbidade (art. 84, § 2.º, CPP).....	437
6.6.3. Concurso aparente de normas constitucionais sobre competência.....	439
6.6.3.1. Foro por prerrogativa do Prefeito Municipal: crimes eleitorais e crimes de competência da Justiça Federal.....	440
6.6.3.2. Prerrogativa de função e Tribunal do Júri.....	441
6.6.4. Foro por prerrogativa e exceção da verdade.....	442
6.6.5. Prerrogativa de função nas Constituições dos Estados.....	444
6.7. Causas de modificação da competência: conexão, continência e desaforamento.....	446
a) <i>Conexão intersubjetiva</i>	447
b) <i>Conexão lógica ou teleológica</i>	447
c) <i>Conexão instrumental ou probatória</i>	447
6.7.1. Foro prevalente.....	448
6.7.2. Separação dos processos.....	449
6.7.3. Separação dos processos por força da Constituição e os reflexos na competência dos Juizados Especiais Criminais.....	451
6.7.3.1. Conexão entre júri e crime eleitoral.....	454
6.7.3.2. Prerrogativa de função, conexão e continência: hipóteses de separação obrigatória.....	455
6.7.3.3. Prerrogativa de função, conexão, continência e duplo grau de jurisdição.....	457
6.7.4. Do desaforamento.....	461
6.8. Conexão e uniformização dos julgados.....	462
6.9. A perpetuatio jurisdictionis e sua exceção.....	463
6.10. Conflito de competência e conflito de atribuição.....	463
6.10.1. Conflito de competência.....	464
6.10.2. Conflito de atribuição.....	465
6.10.2.1. Conflito de atribuição entre membros do mesmo Ministério Público.....	466
6.10.2.2. Conflito de atribuição entre órgãos de Ministérios Públicos diversos.....	466
6.10.2.3. Conflito de Atribuição entre Ministério Público de Diversos Entes e o STF.....	468
6.10.3. Conflito de atribuições entre autoridades judiciárias.....	469
6.10.4. Incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (art. 109, da V-A, da CF/1988).....	470
6.11. Julgamento colegiado em primeiro grau – Lei 12.694/2012.....	472
6.12. Resumos esquemáticos.....	476

7. SUJEITOS PROCESSUAIS

495

7.1. O Juiz.....	495
7.1.1. Capacidade do Juiz.....	496
7.1.2. Função, poderes e deveres.....	497
7.1.3. Garantias e prerrogativas.....	498

7.1.4. Vedação.....	499
7.1.5. Suspeição e impedimento.....	499
7.2. Das partes.....	501
7.2.1. Ministério Público.....	502
7.2.1.1. O Ministério Público na estrutura do Estado.....	502
7.2.1.2. O Ministério Público e seus princípios institucionais.....	502
7.2.1.3. O Ministério Público e sua posição na ação penal pública condenatória.....	504
7.2.1.4. O Ministério Público na ação penal privada e na ação privada subsidiária da pública.....	506
7.2.1.5. Funções do Ministério Público.....	506
7.2.1.6. Garantias e prerrogativas do Ministério Público.....	508
7.2.1.7. Impedimentos e suspeições do Ministério Público.....	510
7.2.1.8. Deveres e vedações do Ministério Público.....	510
7.2.2. Do acusado.....	511
7.2.3. Da defesa.....	513
7.2.3.1. Do advogado.....	514
7.2.3.2. Da Defensoria Pública e seus princípios institucionais.....	515
7.2.3.3. Defensoria: função, garantias, prerrogativas, deveres e vedações.....	517
a) Função.....	517
b) Garantias e prerrogativas.....	519
c) Impedimentos e suspeições.....	523
d) Deveres e vedações.....	524
7.3. Dos sujeitos secundários (ou coadjuvantes) do processo.....	524
7.3.1. Dos auxiliares da justiça.....	525
7.3.2. Do assistente de acusação.....	525
7.3.3. Assistente da defesa.....	526
7.4. Resumos esquemáticos.....	527

8. ATOS PROCESSUAIS, PROCEDIMENTOS E QUESTÕES INCIDENTES

535

8.1. Atos processuais.....	535
8.1.1. Conceito e classificação.....	535
8.1.2. Citação.....	536
8.1.2.1. Citação por mandado.....	537
8.1.2.2. Citação por carta.....	537
a) <i>Precatórias</i>	538
b) <i>Rogatórias e inconstitucionalidade do art. 222-A do CPP (Lei 11.900/2009)</i>	538
c) <i>Carta de ordem</i>	539
8.1.2.3. Citação do militar e do funcionário público.....	539
8.1.2.4. Citação do réu preso.....	540
8.1.2.5. Citação por hora certa.....	540
8.1.2.6. Citação por edital.....	542
8.1.2.7. Citação: revelia, suspensão do processo e do prazo prescricional.....	544
a) <i>Panorama antes da reforma de 2008</i>	546
b) <i>A tentativa frustrada da reforma de 2008</i>	548
c) <i>Questão intertemporal</i>	552
d) <i>Produção antecipada de prova e prisão preventiva</i>	553
8.1.3. Intimações.....	554
8.1.4. Ato de algemar e Súmula Vinculante 11.....	555
8.2. Procedimentos.....	557

8.2.1. Procedimento comum.....	558
8.2.1.1. Procedimento comum ordinário.....	559
a) <i>Do recebimento e da rejeição da denúncia ou queixa: questões controvertidas</i>	559
b) <i>Da resposta e da absolvição sumária</i>	563
c) <i>Instrução e julgamento</i>	567
8.2.1.2. Procedimento no Tribunal do Júri.....	570
8.2.1.2.1. Da primeira fase do Júri.....	572
a) <i>Pronúncia</i>	573
b) <i>Impronúncia</i>	576
c) <i>Absolvição sumária</i>	576
d) <i>Desclassificação</i>	577
e) <i>Da preparação do julgamento em plenário</i>	578
f) <i>Do desaforamento</i>	578
g) <i>Composição do Tribunal do Júri e formação do Conselho de Sentença</i>	579
h) <i>Da reunião e das sessões do Tribunal do Júri</i>	580
i) <i>Da instrução em plenário</i>	582
i.1) <i>Perguntas pelo acusado</i>	583
i.2) <i>Leituras em plenário</i>	584
j) <i>Da instrução plenária e o inquérito policial</i>	585
k) <i>Interrogatório do acusado e uso de algemas</i>	587
l) <i>Do registro e dos debates em plenário</i>	588
m) <i>Do questionário</i>	592
<i>Quesito Genérico e Recurso</i>	595
<i>Outras hipóteses sobre os quesitos</i>	598
n) <i>Da votação dos quesitos</i>	600
o) <i>Da sentença</i>	601
p) <i>Da ata dos trabalhos e das atribuições do juiz presidente</i>	602
8.2.1.3. Procedimento sumário.....	604
8.2.1.4. Procedimento sumaríssimo – Lei 9.099/1995.....	605
8.2.1.4.1. Dos Juizados e de sua competência.....	605
8.2.1.4.2. Procedimento.....	608
8.2.1.4.3. Da fase preliminar.....	610
8.2.1.4.4. Da representação e sua controvérsia.....	611
8.2.1.4.5. Transação penal e sua natureza jurídica.....	613
a) <i>Transação como direito subjetivo do réu</i>	614
b) <i>Transação como poder discricionário do Ministério Público</i>	617
c) <i>A transação como ação penal sui generis (nossa posição)</i>	619
d) <i>A transação na ação penal privada</i>	624
e) <i>O descumprimento do acordo – execução</i>	625
f) <i>A posição do STF sobre descumprimento do acordo – súmula vinculante 35</i>	627
g) <i>A suspensão condicional do processo</i>	628
h) <i>Aspectos processuais e materiais do art. 89 e o juiz como diretor do processo</i>	629
8.2.1.4.6. Oferecimento da denúncia e audiência de instrução.....	635
8.2.2. Procedimentos especiais.....	636
8.2.2.1. Procedimentos especiais do Código de Processo Penal.....	636
a) <i>Crimes de responsabilidade dos funcionários públicos</i>	637
b) <i>Crime de calúnia e injúria</i>	637
c) <i>Crimes contra a propriedade imaterial</i>	638
8.2.2.2. Procedimentos especiais em leis extravagantes.....	639

8.2.2.2.1. Procedimento na Lei 11.343/2006.....	639
8.2.2.2.2. Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).....	640
a) <i>A competência em razão da violência baseada no gênero.....</i>	641
a1) <i>Estupro de criança ou adolescente.....</i>	643
a2) <i>Relações homoafetivas.....</i>	649
a3) <i>Empregada doméstica.....</i>	651
a4) <i>Outras relações.....</i>	651
a5) <i>A competência para o feminicídio.....</i>	651
a6) <i>Competência para a Execução de Alimentos Decorrentes de Medida Protetiva.....</i>	652
<i>A competência do juizado de violência doméstica contra a mulher (JVD) em</i>	
<i>matéria cível e criminal e a inserção dos alimentos neste contexto.....</i>	654
<i>A competência do juízo de violência doméstica para execução dos alimentos.....</i>	656
<i>Da incompetência dos juízos de violência doméstica para execução de alimentos.....</i>	656
<i>Conflito de competência decorrentes da questão posta.....</i>	659
<i>Conclusão.....</i>	662
b) <i>Do atendimento pela autoridade policial.....</i>	662
c) <i>Do procedimento e da competência.....</i>	663
d) <i>Controvérsias sobre competência e procedimento.....</i>	664
e) <i>Controvérsia sobre a representação.....</i>	666
f) <i>Violência doméstica e Suspensão Condicional do Processo.....</i>	669
g) <i>Contravenções penais e violência doméstica.....</i>	669
h) <i>As medidas protetivas de urgência e sua efetivação.....</i>	669
<i>O descumprimento das medidas protetivas de urgência e a prisão preventiva.....</i>	670
<i>A atipicidade do descumprimento (arts. 359 e 330 do CP).....</i>	672
<i>Conclusão (nossa posição).....</i>	674
8.2.2.2.3. Dos Crimes de Trânsito – Controvérsias.....	674
a) <i>Competência.....</i>	675
b) <i>Da investigação criminal no crime do art. 306 do CTB – O bafômetro.....</i>	678
8.2.2.2.4. Lei de Lavagem de Dinheiro.....	679
<i>Da inconstitucionalidade do art. 17-D (afastamento automático do servidor).....</i>	683
8.2.2.2.5. Lei 12.850/2013 (Organizações Criminosas).....	687
a) <i>Acesso aos registros, dados cadastrais, documentos e informações.....</i>	687
8.3. Questões prejudiciais e processos incidentes.....	688
8.3.1. Questões prejudiciais.....	688
8.3.2. Processos incidentes.....	689
8.3.2.1. Das exceções.....	689
a) <i>Exceção de suspeição, impedimento e incompatibilidade.....</i>	689
b) <i>Exceção de incompetência.....</i>	690
c) <i>Exceção de litispendência e coisa julgada.....</i>	690
d) <i>Exceção de ilegitimidade.....</i>	692
8.3.2.2. Restituição das coisas apreendidas.....	692
8.3.2.3. Incidente de falsidade.....	693
8.3.2.4. Incidente de insanidade mental.....	693
8.4. Resumos esquemáticos.....	694

9. DA PROVA NO PROCESSO PENAL

713

9.1. A prova e a busca da verdade.....	713
9.2. Apontamentos sobre a Teoria Geral da Prova.....	716
9.2.1. Prova: conceito, natureza jurídica, meios e objeto.....	716

a) <i>Conceito de prova e objeto de prova</i>	716
9.2.2. O ônus da prova no processo penal.....	717
9.2.3. Princípios aplicáveis à prova no processo penal brasileiro.....	720
9.2.3.1. Princípios constitucionais referentes à prova.....	720
a) <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	720
b) <i>Presunção de inocência</i>	721
c) <i>Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas</i>	722
d) <i>Princípio do contraditório</i>	722
e) <i>Princípio da publicidade</i>	724
9.2.3.2. Princípios infraconstitucionais referentes à prova.....	724
a) <i>Princípio da comunhão ou aquisição</i>	724
b) <i>Princípio do livre convencimento motivado e suas exceções</i>	724
c) <i>Princípio da liberdade probatória</i>	725
d) <i>Princípio da verdade real (ou material): a quebra de um mito</i>	725
<i>Nossa posição</i>	726
<i>Da inexistência da verdade real</i>	726
<i>A incompatibilidade entre imparcialidade e poderes instrutórios do juiz</i>	727
9.2.4. Provas ilícitas: teorias sobre vedação e admissão.....	730
9.2.4.1. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade.....	732
9.2.4.2. Proporcionalidade e provas ilícitas.....	733
9.2.4.3. Proporcionalidade pro reo.....	733
9.2.4.4. Proporcionalidade pro societate.....	733
<i>Nossa posição</i>	737
9.2.4.5. Prova ilícita na reforma processual de 2008.....	737
9.2.4.5.1. Prova ilícita por derivação (fruits of the poisonous tree).....	738
9.2.4.5.2. Teorias da independent source (fonte independente) e da inevitable discovery (do descobrimento inevitável ou do curso hipotético de investigação).....	739
9.2.4.5.3. Fontes independentes e descoberta inevitável na reforma processual de 2008 – controvérsias sobre o art. 157 do CPP.....	741
9.2.4.6. Vedação das provas astuciosas ou enganosas: flagrante preparado e interrogatório sub-reptício.....	742
9.2.4.7. Importância da Cadeia de Custódia da Prova: controle epistêmico.....	744
9.2.5. Procedimento probatório.....	745
9.2.5.1. Sistemas de valoração das provas.....	746
9.2.5.2. Valoração da prova e resultado do processo: Standards de prova.....	750
<i>Standards de prova</i>	750
9.3. Das provas em espécie.....	753
9.3.1. Do interrogatório, da confissão e da delação.....	753
9.3.1.1. Interrogatório: natureza jurídica, conceito e características.....	754
9.3.1.1.1. Conceito.....	754
9.3.1.1.2. Natureza jurídica.....	754
a) <i>Meio de prova</i>	754
b) <i>Meio de defesa</i>	754
c) <i>Natureza mista: meio de defesa e meio de prova</i>	755
<i>Nossa posição</i>	755
9.3.1.1.3. Características.....	755
9.3.1.2. Interrogatório e art. 260 do CPP: leitura constitucional.....	756
9.3.1.3. Procedimento do interrogatório.....	756
9.3.1.4. Interrogatório em estabelecimento prisional e interrogatório por videoconferência.....	759
a) <i>Interrogatório em estabelecimento prisional</i>	759

b) <i>Interrogatório por videoconferência: Lei 11.900/2009. Inconstitucionalidade</i>	759
<i>Nossa posição</i>	761
c) <i>Condições e requisitos para o interrogatório por videoconferência</i>	762
9.3.1.5. <i>Direito ao silêncio e direito de mentir</i>	763
9.3.1.6. <i>Interrogatório de corréu</i>	764
9.3.1.7. <i>Confissão</i>	765
9.3.1.8. <i>Delação</i>	767
9.3.2. <i>Das perguntas ao ofendido</i>	767
<i>Depoimento Especial</i>	769
9.3.3. <i>Da prova testemunhal</i>	769
9.3.4. <i>Do reconhecimento de pessoas e coisas e da reconstituição do crime</i>	773
9.3.4.1. <i>Reconhecimento de pessoa</i>	773
9.3.4.2. <i>Reconhecimento de coisa</i>	774
9.3.4.3. <i>Reconstituição do crime</i>	774
9.3.5. <i>Da acareação</i>	775
9.3.6. <i>Da prova documental</i>	775
9.3.7. <i>Da prova pericial e exame de corpo de delito</i>	777
a) <i>Necropsia ou autópsia</i>	779
b) <i>Exumação</i>	780
c) <i>Exame de local</i>	780
d) <i>Exames laboratoriais e DNA</i>	781
e) <i>Lesões corporais leves e graves (exame complementar)</i>	782
f) <i>Exames grafotécnicos</i>	782
g) <i>Perícia sobre escalada, destruição ou rompimento de obstáculo</i>	782
h) <i>Lauda de avaliação</i>	783
i) <i>Exames de instrumento</i>	783
j) <i>Perícia para confronto de voz</i>	783
9.3.8. <i>Dos indícios</i>	784
9.3.9. <i>Da prova emprestada</i>	785
9.3.10. <i>Interceptações telefônicas, gravações ambientais e o problema da licitude da prova</i>	786
9.3.11. <i>Intervenções corporais</i>	788
a) <i>Busca pessoal ou "revistas"</i>	789
b) <i>Exames radiológicos e ecográficos</i>	789
c) <i>Extração de sangue</i>	789
d) <i>Ordens para desnudar, intervenções anais e vaginais</i>	789
e) <i>Intervenções corporais: conclusão</i>	790
9.4. <i>Resumos esquemáticos</i>	795

10. PROCESSO PENAL CAUTELAR

803

10.1. <i>Apontamentos sobre a Teoria Geral das Medidas Cautelares Pessoais</i>	805
10.1.1. <i>Interpretação prospectiva e Lei 12.403/2011</i>	807
10.1.2. <i>Princípios reitores do processo penal cautelar</i>	808
10.1.2.1. <i>Dignidade da pessoa humana</i>	808
10.1.2.2. <i>Devido processo legal</i>	812
10.1.2.2.1. <i>Devido processo legal e taxatividade das medidas cautelares</i>	813
10.1.2.2.2. <i>Medidas Cautelares e Princípio da Duração Razoável do Processo</i>	814
10.1.2.2.3. <i>A Presunção de Inocência como limite teleológico das medidas cautelares</i>	814
<i>STF: Execução provisória da pena e suas razões subjacentes</i>	816

	<i>Habeas Corpus 118.770 do STF: Direitos Fundamentais contra Direitos Fundamentais. Mais uma violência à presunção de inocência...</i>	819
10.1.2.3.	Reserva de jurisdição	825
10.1.2.4.	Motivação	825
10.1.2.5.	Contraditório.....	826
10.1.2.6.	Excepcionalidade.....	826
10.1.2.7.	Proporcionalidade.....	827
10.1.2.8.	Nossa posição crítica sobre os dispositivos referidos (art. 282, I e II, do CPP).....	828
10.1.2.9.	Provisionalidade e provisoriedade ou precariedade.....	830
10.1.3.	Medidas cautelares: hipóteses legais de cabimento e pressupostos fáticos.....	830
10.2.	Medidas cautelares em espécie.....	832
10.2.1.	Da prisão processual.....	832
10.2.1.1.	Apontamentos sobre a teoria geral da prisão cautelar: princípios, requisitos, validade e características.....	833
10.2.1.1.1.	Enquadramento constitucional: princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade (princípio da vedação do excesso).....	833
10.2.1.1.2.	Pressupostos e fundamentos (pressupostos fáticos).....	835
10.2.1.1.3.	Validade.....	836
10.2.1.1.4.	Características.....	837
10.2.1.2.	As espécies de prisão processual.....	838
10.2.1.2.1.	Prisão em flagrante.....	838
	a) <i>Flagrante próprio</i>	839
	b) <i>Quase flagrante</i>	840
	c) <i>Flagrante presumido</i>	840
	d) <i>Flagrante em crime permanente e inviolabilidade do domicílio</i>	841
	e) <i>Flagrante e crime habitual</i>	842
	f) <i>Flagrante preparado e flagrante esperado</i>	842
10.2.1.2.2.	Auto de prisão em flagrante.....	843
	a) <i>Das comunicações da prisão: juiz, família, Ministério Público e Defensoria Pública</i>	844
	b) <i>Nota de culpa</i>	845
	c) <i>Providências do Juiz ao receber o Auto de Prisão em Flagrante – art. 310 do CPP e Audiência de Custódia</i>	846
	<i>Audiência de Custódia</i>	847
	<i>Previsão Legal e Natureza Jurídica</i>	847
	<i>Nossa posição – Compatibilidade entre o tratado e o CPP</i>	851
	<i>Expressão "sem demora"</i>	852
	<i>Juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais</i>	855
	<i>Consequências da não realização da audiência</i>	858
	<i>Objetivo da audiência</i>	859
	<i>Dificuldades para implementação da audiência de custódia</i>	859
	d) <i>Legitimidade para requerer a conversão e impossibilidade de conversão de ofício</i>	860
	e) <i>Nossa posição sobre a legitimidade para requerer a prisão preventiva ou a conversão da prisão em flagrante em preventiva</i>	861
	f) <i>Crítica ao art. 310 do CPP: aparente inversão lógica das providências</i>	862
10.2.1.2.3.	Prisão em flagrante e período eleitoral.....	863
10.2.1.3.	Prisão preventiva.....	863
10.2.1.3.1.	Hipóteses legais de cabimento da prisão – art. 313 do CPP	864
	a) <i>Prisão nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos</i>	864

b) Prisão em razão de reincidência em crime doloso	864
c) Prisão em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.....	865
Nossa posição.....	866
10.2.1.3.2. Parágrafo único do art. 313.....	867
a) Prisão por descumprimento de outras medidas cautelares – Parágrafo único do art. 312 do CPP.....	867
b) Pressupostos e Fundamentos (pressupostos fáticos)	868
10.2.1.3.3. Nossas posições críticas.....	870
a) Momento da prisão.....	870
b) Prisão ex officio pelo juiz.....	870
c) Prisão para garantia da ordem pública ou econômica: inconstitucionalidade	871
d) Fuga do acusado e deserção do recurso.....	872
e) Prisão preventiva e sentença penal condenatória.....	874
10.2.1.3.4. Prisão temporária.....	875
a) Doutrina tradicional.....	875
Nossa posição.....	877
b) Prisão Temporária e a Lei 12.403/2011.....	877
10.2.1.3.5. Prisão domiciliar.....	878
a) Prisão domiciliar e detração da pena.....	880
10.2.1.3.6. Outras prisões (administrativa e civil).....	880
10.2.1.3.7. Duração razoável da prisão provisória.....	881
a) Os prazos da prisão no sistema processual brasileiro.....	882
b) Uma interpretação do sistema para se fixar um prazo para a prisão provisória a partir da Lei 12.850/2013.....	883
c) Prisão em Flagrante e encerramento do Inquérito Policial – Lei 12.403/2011 – Prazo.....	888
10.2.1.3.8. A forma de contagem do prazo: sistema prazo a prazo, sistema global e sistema de fases.....	889
10.2.1.3.9. Prisão provisória: excepcionalidade e proporcionalidade.....	890
10.2.1.3.10. Progressão cautelar de regime – Lei 12.736/2012.....	891
Nossa posição.....	892
10.2.2. O sistema de liberdade no curso do processo.....	894
10.2.2.1. Liberdade plena e liberdade provisória.....	895
10.2.2.2. Liberdade provisória: espécies.....	900
10.2.2.3. Liberdade provisória e vedações legais (inconstitucionais).....	901
10.2.2.4. Liberdade provisória e inafiançabilidade.....	903
10.2.3. Medidas cautelares diversas da prisão.....	904
10.2.3.1. Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades	905
10.2.3.2. 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.....	906
10.2.3.3. Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.....	907
10.2.3.4. Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução e proibição de ausentar-se do país	908
10.2.3.5. Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos	909

10.2.3.6.	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.....	910
10.2.3.7.	Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração.....	911
10.2.3.8.	Fiança.....	912
10.2.3.8.1.	Valor da fiança.....	914
10.2.3.8.2.	Recusa e retardamento da fiança.....	914
10.2.3.8.3.	Destino do valor da fiança.....	915
10.2.3.8.3.1.	Fiança e hipossuficiência econômica.....	916
10.2.3.8.4.	Fiança e autoridade policial.....	916
10.2.3.9.	Monitoração eletrônica: do PL 156/2009 à LEP e à Lei 12.403/2011.....	917
10.2.3.9.1.	Monitoramento eletrônico: compatibilidade sistêmica e risco cultural.....	919
10.2.3.10.	Medidas cautelares diversas da prisão e detração da pena.....	920
10.3.	Medidas cautelares reais e probatórias.....	921
10.3.1.	Medidas assecuratórias.....	921
10.3.1.1.	Do sequestro.....	922
10.3.1.2.	Da hipoteca legal.....	924
10.3.1.3.	Do arresto.....	924
10.3.2.	Medidas cautelares probatórias (ou meios de obtenção de prova).....	925
10.3.2.1.	Busca e apreensão.....	926
10.3.2.1.1.	Da busca domiciliar.....	927
	<i>Nossa posição.....</i>	<i>929</i>
10.3.2.1.2.	Encontros fortuitos.....	929
10.3.2.1.3.	Escritórios de advocacia.....	930
10.3.2.1.4.	Busca pessoal.....	930
	<i>a) Busca pessoal ou "revistas": distinção e enquadramento do tema.....</i>	<i>930</i>
	<i>b) Buscas pessoais como meio de obtenção de prova e o nemo tenetur se detegere.....</i>	<i>933</i>
10.3.2.2.	O regime da interceptação na Constituição de 1988.....	934
	<i>Nossa posição.....</i>	<i>936</i>
10.3.2.2.1.	O regime infraconstitucional das interceptações: Lei 9.296/1996.....	936
10.3.2.2.2.	Requisitos legais para a interceptação telefônica.....	937
10.3.2.2.3.	Definição do objeto da investigação: limites subjetivos e objetivos e encontros fortuitos.....	938
10.3.2.2.4.	A controvérsia doutrinária sobre a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.296/1996.....	940
10.3.2.2.5.	Interceptação e prova emprestada.....	941
10.3.2.2.6.	Gravação de conversa do investigado com advogado e familiares.....	942
	<i>Nossa posição.....</i>	<i>943</i>
10.3.2.2.7.	Procedimento de interceptação.....	944
10.3.2.2.8.	Do prazo da interceptação.....	944
10.3.2.2.9.	Processamento em apartado e apensamento.....	945
10.3.2.3.	Quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico.....	946
10.3.2.4.	Captações e interceptações ambientais; infiltração de agentes e ação controlada.....	949
	<i>Captação e interceptação ambiental.....</i>	<i>949</i>
	<i>Infiltração de agentes.....</i>	<i>950</i>
	<i>Infiltração virtual.....</i>	<i>952</i>
	<i>Ação controlada.....</i>	<i>954</i>
10.3.2.5.	Do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações – Natureza não cautelar.....	955

10.4. Resumos esquemáticos.....	958
11. SENTENÇA	961
11.1. Conceito e classificação.....	961
11.2. Requisitos formais da sentença.....	963
11.3. Da sentença absolutória, seus efeitos e providências.....	964
11.4. Sentença condenatória, limites, efeitos e providências.....	966
11.4.1. Limites: impossibilidade de condenação diante de pedido de absolvição do Ministério Público. Releitura do art. 385 do CPP.....	967
<i>Nossa posição</i>	968
11.4.2. Efeitos e providências.....	969
11.5. Publicação e intimação da sentença.....	969
11.5.1. Intimação da sentença.....	970
<i>Nossa posição</i>	972
11.6. Resumos esquemáticos.....	973
12. COISA JULGADA	977
12.1. Conceito, natureza jurídica e classificação.....	977
12.2. Coisa julgada e revisão criminal.....	978
12.3. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.....	979
12.4. Limites objetivos da coisa julgada no concurso formal, nos crimes continuados e nos crimes habituais e permanentes.....	980
12.4.1. Concurso formal.....	980
12.4.2. Crime continuado.....	981
12.4.3. Crimes habituais e permanentes.....	983
12.5. Eficácia preclusiva da coisa julgada.....	984
12.6. Resumos esquemáticos.....	984
13. DAS NULIDADES	985
13.1. Defeitos dos atos processuais (inexistência, irregularidade e nulidade).....	985
13.2. Nulidade absoluta e nulidade relativa.....	986
13.3. Efeitos da nulidade.....	988
13.4. Prevalência das impeditivas.....	989
13.5. Nulidades sanáveis e insanáveis.....	990
13.6. Resumos esquemáticos.....	990
14. RECURSOS NO PROCESSO PENAL E AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO	993
14.1. Princípio do duplo grau de jurisdição.....	993
<i>Nossa posição</i>	994
14.2. Limite do duplo grau de jurisdição.....	995
14.3. Teoria Geral dos Recursos.....	996
14.3.1. Recursos e ações autônomas de impugnação.....	996
14.3.2. Conceito, natureza jurídica e características dos recursos.....	996
14.3.3. Classificação.....	997
14.4. Princípios gerais dos recursos.....	998
14.4.1. Taxatividade.....	998
14.4.2. Unirrecorribilidade/Unicidade – Art. 593, § 4.º, do CPP.....	998

14.4.3. Variabilidade ou suplementação dos recursos?.....	998
14.4.4. Complementaridade dos recursos.....	999
14.4.5. Conversão.....	999
14.4.6. Fungibilidade dos recursos (art. 579 do CPP).....	999
14.4.7. Voluntariedade.....	1000
14.4.8. Dialecticidade.....	1000
14.4.9. Disponibilidade dos recursos.....	1000
14.4.10. Irrecorribilidade das decisões interlocutórias.....	1001
14.4.11. Personalidade dos recursos.....	1001
a) <i>Proibição de reformatio in pejus (reforma para pior)</i>	1001
b) <i>Admissão da reformatio in mellius e sua controvérsia</i>	1002
c) <i>Reformatio in pejus indireta</i>	1002
14.5. Efeitos dos recursos.....	1003
14.5.1. Devolutivo.....	1003
14.5.2. Suspensivo (suspensão dos efeitos da decisão).....	1004
14.5.3. Extensivo.....	1004
14.5.4. Iterativo.....	1004
14.6. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito.....	1004
14.6.1. Juízo de admissibilidade – Prelibação.....	1004
14.6.2. Juízo de mérito ou libação.....	1005
14.6.3. Requisitos de admissibilidade – Condições de admissibilidade e pressupostos recursais.....	1005
14.6.3.1. Condições recursais.....	1005
a) <i>Legitimidade</i>	1005
b) <i>Interesse em recorrer</i>	1006
c) <i>Possibilidade jurídica do pedido (cabimento)</i>	1007
14.6.3.2. Pressupostos recursais.....	1007
a) <i>Órgão constitucional competente</i>	1007
b) <i>Capacidade</i>	1007
c) <i>Regularidade na interposição do recurso</i>	1007
d) <i>Tempestividade</i>	1008
e) <i>Preparo</i>	1008
f) <i>Inexistência de fatos extintivos ou impeditivos</i>	1009
f.1) <i>Fatos extintivos</i>	1009
f.2) <i>Fatos impeditivos</i>	1009
14.7. Dos recursos em espécie.....	1009
14.7.1. Recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP).....	1009
14.7.1.1. Conceito e denominação.....	1009
14.7.1.2. Rol taxativo.....	1010
14.7.1.3. Hipóteses legais.....	1010
14.7.1.4. Competência para julgamento.....	1014
14.7.1.5. Efeitos.....	1014
14.7.1.6. Procedimento e processamento.....	1014
14.7.2. Apelação.....	1015
14.7.2.1. Conceito.....	1015
14.7.2.2. Espécies.....	1015
14.7.2.3. Condições recursais.....	1015
a) <i>Possibilidade jurídica – cabimento</i>	1015
a.1) <i>Apelação contra decisões do juiz singular (art. 593, I e II, do CPP)</i>	1015
a.2) <i>Sentenças no procedimento do júri (art. 416 e art. 593, III, do CPP)</i>	1016

	<i>Sentença de impronúncia e absolvição sumária do réu – Art. 416 do CPP</i>	1016
	<i>Nulidade posterior à pronúncia (art. 593, III, a)</i>	1016
	<i>Decisão do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados (art. 593, III, b)</i>	1017
	<i>Erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança (art. 593, III, c)</i>	1017
	<i>Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, d)</i>	1018
	<i>b) Legitimidade para apelar</i>	1019
	<i>Ministério Público</i>	1019
	<i>Acusado e seu defensor</i>	1019
	<i>Ofendido</i>	1019
	<i>Interesse em apelar</i>	1020
14.7.2.4.	<i>Apelação e prisão cautelar</i>	1020
14.7.2.5.	<i>Procedimento da apelação</i>	1021
14.7.2.6.	<i>Efeitos</i>	1021
	<i>Suspensivo</i>	1022
	<i>Extensivo</i>	1022
14.7.3.	<i>Embargos declaratórios e pedido de declaração de sentença</i>	1022
	<i>14.7.3.1. Procedimento dos embargos declaratórios</i>	1023
	<i>14.7.3.2. Julgamento dos embargos declaratórios</i>	1025
14.7.4.	<i>Embargos infringentes e de nulidade (art. 609 do CPP)</i>	1025
	<i>Embargos Infringentes e Ação Penal Originária no STF</i>	1026
	<i>Aspectos Gerais do Recurso</i>	1027
14.7.5.	<i>Agravos</i>	1028
14.7.6.	<i>Carta testemunhável</i>	1029
14.7.7.	<i>Correição parcial</i>	1029
14.7.8.	<i>Recurso extraordinário e recurso especial</i>	1030
	<i>14.7.8.1. Legitimidade e interesse</i>	1031
	<i>14.7.8.2. Procedimento</i>	1031
	<i>14.7.8.3. Agravo contra denegação do recurso extraordinário e do recurso especial</i>	1032
	<i>14.7.8.4. Efeitos</i>	1033
14.7.9.	<i>Recurso ordinário constitucional</i>	1035
14.7.10.	<i>Embargos de divergência</i>	1035
14.8.	<i>Ações autônomas de impugnação</i>	1036
	<i>14.8.1. Revisão criminal</i>	1037
	<i>14.8.1.1. Conceito e natureza jurídica</i>	1037
	<i>14.8.1.2. Fundamentos para a revisão criminal</i>	1038
	<i>14.8.1.3. Condições da ação</i>	1039
	<i>14.8.1.4. Reiteração de pedido</i>	1039
	<i>14.8.1.5. Revisão criminal e soberania dos veredictos</i>	1039
	<i>14.8.1.6. Capacidade postulatória – Necessidade de prisão – Prazo para o exercício</i>	1040
	<i>14.8.1.7. Competência</i>	1040
	<i>14.8.1.8. Procedimento</i>	1041
	<i>Ônus da prova</i>	1041
	<i>14.8.1.9. Antecipação de tutela (liminar)</i>	1042
	<i>14.8.1.10. Sentença, recursos e coisa julgada</i>	1042
14.8.2.	<i>Habeas Corpus</i>	1043
	<i>14.8.2.1. Origem e natureza jurídica</i>	1043
	<i>14.8.2.2. Espécie de Habeas Corpus: liberatório e preventivo</i>	1043
	<i>14.8.2.3. Condições da ação</i>	1044

<i>Pressupostos processuais</i>	1045
14.8.2.4. Competência.....	1046
14.8.2.5. Procedimento.....	1046
14.8.2.6. Sentença e coisa julgada.....	1048
14.8.2.7. Alguns aspectos controvertidos em torno do Habeas Corpus.....	1048
<i>Habeas Corpus ex officio e súmula 691 do STF. Anotações críticas</i>	1048
<i>Habeas Corpus substitutivo de recurso</i>	1053
14.9. Resumos esquemáticos.....	1054

15. EXECUÇÃO PENAL **1059**

15.1. Considerações iniciais.....	1059
15.2. Princípios constitucionais incidentes sobre a execução penal.....	1060
15.3. Dos órgãos da execução penal.....	1061
15.4. Dos estabelecimentos penais.....	1062
15.5. Do condenado.....	1063
15.5.1. Da classificação dos condenados.....	1063
15.6. Da assistência.....	1064
15.7. Do trabalho, do estudo e da remição.....	1064
15.7.1. Remição pelo estudo, pela leitura e a jurisprudência do STJ.....	1065
15.8. Dos direitos e deveres do condenado.....	1068
15.9. Da disciplina e das infrações administrativas e suas respectivas sanções.....	1068
15.9.1. RDD – Regime Disciplinar Diferenciado.....	1069
<i>Nossa posição</i>	1071
15.10. Da competência executória.....	1071
15.11. Do processo executório.....	1071
15.11.1. Da execução provisória da pena.....	1072
<i>Execução Provisória e Condenação Pelo Júri: Crítica ao STF</i>	1075
15.11.2. Execução das penas em espécie.....	1077
15.11.2.1. Da execução das penas privativas de liberdade.....	1077
15.11.2.2. Monitoramento eletrônico.....	1078
15.12. Do procedimento.....	1079
15.13. Da dinâmica da execução.....	1079
15.14. Resumos esquemáticos.....	1080

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **1085**

PREFÁCIO

Prefaciando livro anterior do amigo André Nicolitt, privilegiei falar do autor, sempre surpreendente. Agora, surpreendido por seu *Manual de Processo Penal*, opto por falar do produto do seu trabalho, resultante da sua experiência como magistrado e professor dedicado.

Decididamente, este não é um livro a mais em nossas abarrotadas livrarias. Decididamente, este manual é diferente. Aqui, não encontramos a mera transcrição dos dispositivos do Código de Processo Penal, comum a roupagem de texto sistemático. O livro de André Nicolitt é muito distinto dos tradicionais manuais. Confesso que fiquei surpreendido com o trabalho.

Na verdade, a extensão limitada que a estrutura de manual está a exigir não impediu que André Nicolitt tenha trazido à colação temas absolutamente novos na doutrina do nosso Direito Processual Penal, abordados dentro de uma perspectiva crítica e sistemática. Ainda que impedido de aprofundar todos os temas, o que só seria exigido em um tratado, o autor não deixou nada de fora, não passa ao largo de nenhuma controvérsia atual que apresente alguma relevância sistemática. O livro é de uma atualidade impressionante. Tem jeito, aparência e “cheiro de novo”. O jovem Nicolitt é possuidor de ideias novas e isso está claramente retratado na sua obra, presente e anterior. Provavelmente, para o estilo polêmico e contemporâneo, muito deve ter contribuído o seu curso de doutorado em Portugal, que está prestes a terminar.

Estava ansioso para poder concluir este prefácio pois, para tal, tive que ler o extenso manual de forma apressada. Agora, fico satisfeito de poder me deliciar com uma nova leitura, lenta, reflexiva e prazerosa. É um livro gostoso de ser lido, por sua estrutura sistemática, pelo estilo claro e direto do autor, bem como pela modernidade dos temas tratados, conforme salientado acima.

Fico honrado com o convite para ligar o meu nome a tão valiosa obra, como também fico satisfeito de constatar, pela leitura do livro, que, de nossos escritos, muitas ideias são assimiladas e incorporadas aos textos dos novos autores.

André Nicolitt em muita afinidade com o meu pensamento sobre as questões relativas ao Direito Processual Penal. Acho mesmo que temos afinidades em nosso modo de interpretar e pensar a realidade política e social que

nos cerca. Entretanto, a minha formação marxista me afasta um pouco do que venho chamando de “visão fundamentalista do sistema acusatório”, o que pode ser resultante de uma perspectiva positivista do Direito, ao menos no plano Constitucional. Hoje me afasto do dogmatismo e me aproximo das chamadas teorias críticas do Direito, que não me levam necessariamente a uma visão liberal do sistema jurídico.

Nessa perspectiva, rejeito o sistema acusatório puro ou absoluto, pugnando por uma maior efetividade do processo penal, como instrumento que é da aplicação da norma penal. Evidentemente, temos de encontrar uma posição de equilíbrio entre os relevantes valores que estão em permanente tensão no processo penal moderno e democrático. Por tudo isso, ousou discordar de algumas abordagens que o amigo Nicolitt faz em relação ao papel do Ministério Público como sujeito da relação processual penal.

Quero concluir este breve prefácio dizendo, com a mais absoluta sinceridade, que este *Manual de Processo Penal* será um marco em nossa doutrina. A partir de agora, não há mais espaço para obras burocráticas e comerciais. Todos estão exortados ao debate, já que não faltarão polêmicas após o inovador livro desse jovem estudioso. Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, André Nicolitt já o é. Com esta obra, está mais do que creditado a pertencer a seu quadro de professores. Seria uma honra tê-lo como colega na Academia. Amigo, estamos lá a sua espera, para gáudio de seus futuros alunos.

Afrânio Silva Jardim

Livre-docente em processo penal pela UERJ
e Mestre em Direito das relações sociais pela
Universidade Gama Filho (UGF).

NOTA INTRODUTÓRIA À 8ª EDIÇÃO

A primeira edição de nosso livro deu-se em 2009, portanto, lançar a 8ª edição desta obra, praticamente, 10 anos depois (2019), demonstra sua longevidade, motivo de grande alegria para nós.

Devo destacar que a presente edição surge muito mais pela rapidez em que se deu o esgotamento da 7ª edição, do que pelas inovações na ordem processual. Sem prejuízo, no que se refere à 8ª edição, devemos destacar a atualização em razão da Lei 13.769/2018, que trata da prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe responsável por criança ou pessoa enferma; da Lei 13.721/2018, que prioriza o exame de corpo de delito nos casos de violência doméstica contra a mulher; e da Lei 13.718/2018, que produz impacto sobre a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, destacadamente prescrevendo a ação penal pública incondicionada aos delitos antes regidos por ação pública condicionada à representação.

Ademais, efetuamos correções de digitação e ortografia, além de modificações na diagramação dos resumos esquemáticos com o fim de facilitar a compreensão do leitor.

Espero que esta 8ª edição, lançada pela Editora D'Plácido, tenha o mesmo sucesso que a anterior.

André Luiz Nicolitt

Angra dos Reis, janeiro de 2019.

anicolitt@gmail.com

NOTA INTRODUTÓRIA À 7.^a EDIÇÃO

Finalmente trazemos ao leitor a 7ª edição do nosso *Manual de processo penal*, desta vez pela Editora D'Plácido. O vigor da juventude dessa editora, aliada as suas origens mineiras, de onde retiramos muitas inspirações e encantos, destacadamente do clube da esquina e do grande filho de Itabira, Carlos Drumond, nos traz enorme satisfação e motivação para participar deste empreendimento, aliando, como na canção do Milton, juventude e fé.

A presente edição foi substancialmente ampliada, tanto em aspectos propedêuticos, a exemplo da descrição do sistema garantista e da inclusão do tema “teoria da justiça”, como no domínio da dogmática, onde as inovações legislativas e jurisprudenciais foram detalhadamente examinadas. Sobre este aspecto merecem destaques a inclusão dos art. 13-A e 13-B no CPP, a regência do depoimento especial, a infiltração virtual, ampliação da competência da justiça militar e a nova orientação do STF sobre competência em razão do foro por prerrogativa de função.

Houve aprofundamento de alguns temas como a delação premiada e a condução coercitiva, bem como a inclusão de outros, como os *standards* de prova em processo penal.

Esperamos que esta 7ª edição seja o início de uma parceria que se renove como “nova aurora a cada dia... pra que a vida nos dê flor, flor e fruto”.

André Luiz Nicolitt

Niterói, 02 de julho de 2018.

anicolitt@gmail.com

NOTA INTRODUTÓRIA À 6.^a EDIÇÃO

É sempre uma alegria levar ao leitor nova edição de uma obra. Nosso Manual de Processo Penal, em aproximadamente 05 (cinco) anos e meio após a primeira edição, se traduz na 6.^a edição, o que indica praticamente uma edição por ano, ou seja, muito trabalho, porém muita alegria e reflexão, vez que cada revisão é um aprendizado.

Merecem destaque na presente as remissões e reflexos do CPC de 2015 que entrará em vigor em março do corrente ano. Ademais, logo no início de 2016 já fomos agraciados por uma nova lei processual penal, Lei 13.245/2016, que sugere importantes indagações e controvérsias sobre as investigações criminais e as prerrogativas dos advogados.

Aproveitamos esta edição também para revermos alguns posicionamentos anteriores. Assim, abandonamos a ideia que tínhamos sobre o termo inicial do prazo para a comunicação da prisão em flagrante, que para nós não é mais a prisão captura, mas sim a decisão administrativa de lavratura do flagrante. De igual maneira revisamos as características do inquérito policial lançando críticas sobre a ideia de ser tal procedimento, unidirecional.

Trazemos posicionamento inovador sobre a irrecurribilidade da absolvição no júri decorrente de quesito genérico e, ainda, alguns apontamentos sobre a audiência de custódia. Estas são algumas novidades que enriquecem a 6.^a edição. Espero que esta, a exemplo das anteriores, também se reverta em afeto e carinho manifestados pelos leitores.

André Luiz Nicolitt

Niterói, 17 de janeiro de 2016.

anicolitt@gmail.com

NOTA INTRODUTÓRIA À 5.^a EDIÇÃO

É com muita alegria que trazemos ao leitor a 5.^a edição do nosso *Manual de processo penal*, desta vez pela centenária Editora Revista dos Tribunais.

Nesta edição, merece destaque a inserção que fizemos do processo penal, no debate atualíssimo sobre neoconstitucionalismo e garantismo, bem como a inclusão de uma introdução aos direitos fundamentais.

Buscamos, assim, apresentar ao leitor reflexões de grande importância no quadro atual do direito, das quais o processo penal não pode estar alheio.

Ainda sobre o conteúdo, vale realçar o enfrentamento dado ao tema da competência dos juizados de violência doméstica em razão da questão de gênero, cujas implicações práticas são recorrentes.

Ademais, a obra passou por detalhada revisão e atualização em razão de inovações legislativas e foi incluído ao final de cada capítulo um resumo esquemático.

Esperamos com esta edição, estar iniciando uma relação exitosa com a Editora Revista dos Tribunais, que sem sombra de dúvidas é um dos principais centros difusores de debate e atualização do pensamento jurídico nacional, como uma constelação de autores que nos enche de orgulho.

André Luiz Nicolitt

Niterói, 11 de julho de 2014.

anicolitt@gmail.com

NOTA INTRODUTÓRIA À 4.^a EDIÇÃO

Nesta quarta edição, como anteriormente, buscamos retificar e atualizar a obra, consciente de que, por maior dedicação que se tenha, há sempre algo a melhorar.

No que tange à atualização, destaca-se o tratamento do tema “Lavagem de Dinheiro” à luz da Lei 12.683/2012, bem como a nova Lei de Combate ao Crime Organizado, Lei 12.850/2013.

Além das atualizações, nesta edição aprofundamos alguns temas, trazendo, ainda, alguns posicionamentos inéditos, como a questão da “progressão cautelar de regime” em decorrência da Lei 12.736/2012.

Assim, esperamos continuar, com a mesma objetividade, contribuindo para a reflexão crítica sobre o processo penal.

NOTA INTRODUTÓRIA À 1.^a EDIÇÃO

Trata-se, o presente livro, de um curso completo de processo penal que aborda desde as noções introdutórias do processo, passando pelos princípios até atingir os recursos e findar com o processo de execução penal.

O fio condutor deste trabalho foi a tentativa de fugir de uma abordagem superficial, com a perseguição insistente da concretude (prática) dos princípios constitucionais do processo, o que dá à abordagem dos diversos temas uma perspectiva, de certo modo, singular.

Tivemos a preocupação de trazer ao leitor o ponto de vista da doutrina tradicional, ao lado das mais diversas correntes do pensamento jurídico, atento ao dever de informação da obra, sem descurar de, a todo o momento, indicar nossa posição, não raras vezes crítica, em relação aos temas abordados.

Este manual de processo penal pode ser traduzido em uma intensa busca, a saber: do fortalecimento do sistema acusatório; do tratamento coerente e sistemático do processo penal e da solução para questões práticas verdadeiramente angustiantes. Ao lado, ou à frente, da busca, a esperança de contribuir para que o processo penal seja um instrumento de realização do projeto constitucional de uma sociedade justa, fraterna e solidária e de um Estado Democrático “verdadeiramente” de Direito.

ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL

*interpretação e aplicação
no tempo e no espaço*

O ordenamento jurídico processual penal tem como norma fundamental a Constituição da República do Brasil editada em 1988, que, como veremos, possui diversas regras processuais que não só regulam situações concretas e subjetivas, como servem de fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais.

Integram também o ordenamento jurídico processual pátrio os tratados e convenções firmados pelo Brasil, pois inúmeros deles dispõem sobre processo penal, valendo destacar o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos com vigência no Brasil desde 1992.

Sobre os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, em função da antiga redação do § 2.º do art. 5.º da CF/1988, surgiu uma controvérsia relativa a sua posição no ordenamento, se são normas com natureza constitucional ou se integram o ordenamento infraconstitucional¹, o que será visto oportunamente.

Todavia, já antecipamos que comungamos do entendimento no sentido de que os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico aglutinando-se à Constituição material e com status equivalente, por força do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988².

Em outra quadra, seguramente no plano infraconstitucional, surge o Código de Processo Penal, instituído pelo Dec.- Lei 3.689/1941 e inspirado na legislação italiana de 1930, com cariz autoritário em razão da influência do regime fascista que imperou no referido período. Essa cultura impregnou-se de tal forma que nem mesmo a recente reforma processual de 2008 foi capaz de purificar o Código de toda a influência inquisitória e autoritária, incompatível com a ordem constitucional democrática.

¹ Sobre o tema: OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 78.

² Neste sentido: PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 89-90. Esta, inclusive, é a posição dominante da doutrina e, em parte significativa, da jurisprudência, não sendo, contudo, o entendimento do STF, que, embora por maioria, insiste em negar a natureza constitucional destas normas, afirmando estarem os tratados abaixo da Constituição e acima das leis, conforme se extrai do RE 349.703. Contudo, o Min. Celso de Mello espousa entendimento no sentido de que os tratados são formalmente constitucionais, ut HC 90.450.

Dispõe o CPP que o processo penal rege-se por ele, em todo o território brasileiro, com algumas ressalvas, que autorizam o advento de inúmeras leis especiais em matéria processual penal.

Assim, ao lado do CPP, há um verdadeiro cipoal de leis infraconstitucionais que regem o processo penal, valendo destacar a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995), a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), dentre outras. Não podemos olvidar também a existência do Código de Processo Penal Militar, aplicável no âmbito da justiça penal militar.

A par disso, cabem então algumas notas sobre interpretação e aplicação da legislação processual penal.

1.1. Interpretação da lei processual penal: interpretação prospectiva e aplicação imediata dos direitos fundamentais

A interpretação ou a hermenêutica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito³. É bem verdade que utilizamos os termos como sinônimos para os limites do presente trabalho, porém confessamos que a questão apresenta grande complexidade, sendo contestado pela doutrina tanto o fato de representarem a mesma coisa, como o fato de estarem ligados à descoberta de sentido e alcance da norma⁴. Não obstante, partiremos desta ideia elementar para lançarmos um breve olhar sobre o Código de Processo Penal.

O art. 3.º do CPP afirma que a lei processual admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Com efeito, o processo penal admite os métodos tradicionais de hermenêutica. Todavia, o mais importante em tema de interpretação, considerando a origem histórica do Código e sua defasagem constitucional, é o que se pode chamar de *filtragem constitucional* e *interpretação constitucional*.

Sobre filtragem constitucional, explica Paulo Ricardo Schier⁵:

a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento da aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.

No que tange à interpretação constitucional, explica Barros⁶ que “a perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a

³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975. p. 13.

⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 102-103.

⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional - Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 104.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *A Nova Interpretação*

formação de uma moderna hermenêutica constitucional”, passando a destacar relevantes princípios instrumentais de interpretação como “a supremacia da Constituição”, a “presunção de constitucionalidade das leis e dos atos emanados do Poder Público”, a “interpretação conforme a constituição”, a “unidade da constituição”, a “razoabilidade” e a “efetividade”.

Na interpretação de qualquer lei ou ato estatal, no que se incluem as leis processuais penais e os atos do processo penal, não se pode perder de vista a força normativa da Constituição, capaz de promover mudança no mundo real⁷, sem reduzi-la a simples folha de papel⁸. Desta forma, a Constituição deve passar a ser a pré-compreensão valorativa do intérprete para aproximar o dever ser normativo do mundo real, que é o ser. Nesta direção, Casara propõe a interpretação prospectiva, ou seja, toda interpretação deve ter por objetivo a construção do projeto constitucional, deve buscar, radical e incansavelmente, a realização dos valores consagrados na Constituição.

Só assim será possível afastar ou minimizar nas leis seus conteúdos ideológicos escondidos em uma falsa neutralidade, seus comprometimentos com interesses de certas maiorias eventuais, para preenchê-las com os valores consagrados pela Constituição, designadamente a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, há que se ter em mente também a noção de que as normas constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais, onde se incluem várias normas de processo, têm aplicação imediata por força do art. 5.º, § 1.º, da CF/1988, de forma que não precisam aguardar a produção de outras normas para sua incidência, devendo ser asseguradas pelas autoridades judiciárias.

Partindo dessas premissas, é possível então apresentar algumas notas sobre os métodos tradicionais de hermenêutica, que, aliados a esta preocupação prospectiva ou pós-positivista, poderão, seguramente, auxiliar o hermeneuta.

1.2. Classificação da hermenêutica

A interpretação pode ser classificada em razão do intérprete, sendo possível falar em interpretação:

- a) *autêntica* ou *contextual*: é a que é realizada pelo próprio legislador, ou seja, a própria lei define a interpretação do termo ou expressão, como no caso do art. 327 do CP, onde se encontra o conceito de funcionário público que deve ser utilizado para interpretar a elementar “funcionário público, que aparece em diversos tipos definidos naquele Código;

Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 34.

⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sérgio A. Fabris, 1991. p. 25.

⁸ Para Ferdinand Lassalle as “Constituições escritas não têm valor nem são duráveis, não passando de uma folha de papel.” LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 53.10. Casara, Rubens Roberto. *Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113-122.

- b) *jurisprudencial*: é a interpretação construída pelos juízes e tribunais através de reiterada análise de casos semelhantes. Atualmente, esta interpretação ampliou sua relevância em razão da possibilidade da edição de súmulas vinculantes por parte do STF;
- c) *doutrinária*: é a realizada pelos estudiosos do direito, publicada em livros, artigos, comentários à lei.

Quanto aos métodos, a interpretação pode ser *literal*, quando se examina a letra da lei, sua função gramatical e seu significado no vernáculo. É considerado um método pobre de interpretação. Tem-se ainda a interpretação *lógica*, através da qual se busca o sentido da norma através de fatores racionais, da gênese histórica ou a conexão com outras normas, daí se falar também em interpretação *histórica* e *sistemática*. A doutrina aponta ainda para interpretação *teleológica*, isto é, a que busca a finalidade e os valores tutelados pela norma.

O Código de Processo fala em aplicação analógica. Como é sabido, em razão do princípio da reserva legal, não é possível o emprego de analogia quando se está diante de norma incriminadora. Não obstante, a norma exclusivamente processual, ou mesmo a híbrida não incriminadora, admite a analogia como método interpretativo, consistente em aplicar, a relações e situações jurídicas sem regulação pelo direito, regra regente de situações ou relações semelhantes.

É possível a utilização simultânea dos vários métodos tradicionais de hermenêutica.

A interpretação também pode ser classificada em razão do resultado, podendo ser:

- a) *declarativa*: quando se conclui que a lei não pretendeu dizer nada além ou aquém do que está escrito, apenas se declara o significado do texto;
- b) *restritiva*: quando se reduz o alcance da lei. Para ilustrar, a interpretação do inc. XII, do art. 5.º, da CF/1988 pode conduzir a um resultado restritivo, no sentido de que a expressão no último caso só autoriza a interceptação de comunicação telefônica;
- c) *extensiva*: este resultado é expressamente contemplado no art. 3.º do CPP e consiste em ampliar o sentido ou o alcance da lei. No exemplo citado, a expressão *no último caso*, do inc. XII referido, interpretado à luz dos métodos históricos, teleológicos e gramaticais, pode conduzir a um resultado extensivo para possibilitar a interceptação de comunicações de dados e telefônicas⁹.

1.3. Lei processual penal no espaço

No processo penal vigora o princípio da territorialidade, ou seja, o processo penal se aplica ao território brasileiro. O raciocínio é simples. A jurisdição é uma função de soberania do Estado, que por sua vez está adstrita ao território nacional. Não podendo o Brasil exercer jurisdição fora de seu território, as leis processuais, por consequência, não são aplicadas fora desse limite.

⁹ Remetemos o leitor para o estudo da interceptação telefônica constante no capítulo 10 – Processo Penal Cautelar, item 10.3.2.2.

Isto não quer dizer que a lei processual não terá aplicação a processos cujo conteúdo diz respeito a fatos ocorridos fora do território nacional. Como *no direito penal vigora o princípio da extraterritorialidade*, nos casos do art. 7.º do CP, estando o agente no Brasil, será processado pelos fatos ocorridos no exterior e perante nossos tribunais será aplicado o direito processual pátrio. A distinção é que a lei penal se aplica aos fatos e a lei processual se aplica aos processos. Os fatos tanto podem ocorrer dentro ou fora do país que o processo tramitará sempre em nosso território.

Respeitante ao conceito de território nacional, pode-se falar em território em sentido estrito, constituído pelo solo, subsolo, águas interiores, mar territorial, plataforma continental e o espaço aéreo acima do território nacional ou de seu mar territorial (Leis 7.565/1986 e 8.617/1993) e *território por extensão (ou ficção)*, onde teremos as embarcações e as aeronaves brasileiras públicas ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, ou as mercantes ou de propriedade privada, desde que se encontrem em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente a este (§ 1.º, art. 5.º, do CP).

1.4. Lei processual penal no tempo

A lei processual penal no tempo rege-se pelo princípio da aplicação imediata (art. 2.º do CPP), respeitando-se a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A lei processual não é retroativa, como muitos pensam. O fato de ela ser aplicada a processos que têm por objeto fatos anteriores a sua vigência não significa retroatividade se tivermos em mente que a lei processual se aplica aos processos e não aos fatos. Para sermos mais exatos podemos dizer que a lei processual se aplica aos atos do processo e os disciplina, de forma que, mesmo em um processo anterior à sua vigência, a lei será aplicada aos atos presentes e futuros, e não será aplicada aos atos processuais válidos ocorridos antes de sua vigência, ou seja, do passado.

Há que se ter cuidado com algumas peculiaridades. Por exemplo, se prolatada uma decisão e no curso do prazo para interposição do recurso surge uma lei modificando o prazo recursal, poder-se-ia indagar se em tal caso aplica-se o prazo da lei nova ou da antiga. Note-se que a fluência do prazo recursal já começou, e a segurança jurídica conduz à conclusão de que o prazo da lei antiga é que deverá ser observado.

A questão pode ser aplicada à reforma do processo penal de 2008, que extinguiu o protesto por novo júri. A Lei 11.689 entrou em vigor em 10 de agosto de 2008. Dessa forma, se o Júri foi iniciado em 10 de agosto de 2008 e a sentença foi prolatada nesse mesmo dia, já não tem o acusado direito ao indigitado recurso. Por outro lado, se a sentença tivesse sido prolatada no dia 9 de agosto de 2008, mesmo com a extinção do protesto por novo júri no dia seguinte, teria o réu direito de se utilizar do recurso. Não olvidamos que exponentes vozes sustentam que a indigitada lei não seria, neste particular, aplicável aos processos em curso por constituir o protesto por novo júri uma garantia constitucional inerente à ampla defesa do acusado no júri¹⁰.

¹⁰ RANGEL, Paulo. O Princípio da Irretroatividade da Lei Processual Penal Material Como Garantia Fundamental. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, p. 4, jun./2008.

Para nós, a previsão do protesto por novo júri não é uma norma de natureza mista, e sim eminentemente processual. Por outro lado, se o protesto por novo júri fosse considerado essencial à plenitude de defesa do júri, representando verdadeira garantia fundamental do acusado no júri, sequer poderia ter sido revogado. O protesto por novo júri, além de não ter tido natureza constitucional, não tinha qualquer feição de direito material, sendo, portanto, regido pelo princípio da aplicação imediata.

Não obstante, condenado pelo júri no dia 9 de agosto, o réu adquiriu nesse dia o direito ao recurso de protesto, de forma que a lei em vigor no dia 10 não atinge esse direito. Por outro lado, antes da sentença o acusado tinha apenas expectativa de direito ao protesto, de sorte que, não tendo sido condenado até o dia 9 de agosto de 2008, não surgiu para ele o direito, e no dia 10 de agosto sua expectativa desapareceu com a vigência da Lei 11.689/2008.

1.5. Leis penais processuais mistas (ou híbridas)

Algumas leis penais podem trazer em si uma natureza híbrida, pois, ao mesmo tempo que regem o processo, parte do procedimento ou mesmo um ato processual, podem trazer reflexos de natureza penal (material).

Os reflexos de direito material podem ser vistos na norma toda vez que ela aumenta ou diminui o direito de punir do Estado. Para exemplificar, a exigência de representação para a ação penal prevista no art. 88 da Lei 9.099/1995, ao mesmo tempo que cria uma condição específica para o exercício do direito de ação no bojo de uma lei processual que institui os Juizados Especiais, atinge o direito de punir na medida em que amplia a possibilidade de extinção da punibilidade pela não ocorrência da representação em seis meses.

Outra ilustração: a Lei 9.099/1995, em seu art. 90, prevê que a referida lei não se aplica aos processos cuja instrução tenha se iniciado antes de sua vigência. Esta regra, embora aparentemente de direito processual, tem natureza mista por fortalecer o direito de punir nos processos cuja instrução estava iniciada, já que afasta deles a aplicação das normas da Lei 9.099/1995 que fragilizam o direito de punir, como o art. 88, que exige representação; o art. 76, que institui a transação penal; o art. 74, que prevê a composição civil dos danos, e o art. 89, que cria a possibilidade de suspensão condicional do processo.

Sendo a norma mista ou híbrida, deve observar o princípio da retroatividade da lei penal benéfica ao réu e a irretroatividade da lei penal que agrava sua situação (art. 5.º, XL, da CF/1988).

Por tal razão, as regras mistas que prejudicam o réu, fortalecendo de qualquer forma o direito de punir (como suspensão ou ampliação de prazo prescricional, supressão de causas de extinção da punibilidade, ampliação do prazo para representação etc.), são irretroativas. Por outro lado, as normas mistas que fragilizam o direito de punir (reduzindo o prazo prescricional, exigindo representação, prevendo formas de extinção da punibilidade) devem retroagir sempre.

A par disso nota-se que o art. 90 da Lei 9.099/1995 deve ser interpretado à luz da Constituição, pois não pode tal dispositivo afastar a aplicação

dos institutos libertários da referida lei a fatos anteriores à sua vigência ao argumento de que a instrução já estaria iniciada. Aplicando-se a lição citada sobre hermenêutica constitucional, partimos da ideia de que a norma é presumidamente constitucional, então buscamos uma interpretação conforme a Constituição. A única interpretação possível deste dispositivo é no sentido de que as normas processuais da lei não serão aplicadas aos processos cuja instrução se iniciou, mas as normas mistas que tendem a afastar o cárcere se aplicam de qualquer forma por força do art. 5.º, XL. Com isso, chegamos a um resultado restritivo, a lei disse mais do que podia e deve ser interpretada restritivamente.

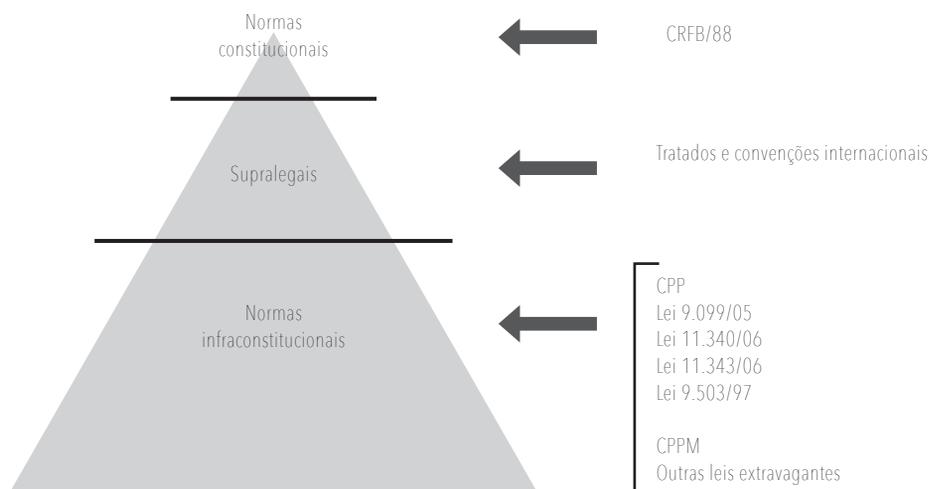
Uma última nota sobre as normas híbridas. Não podemos confundir artigo com norma. Um artigo pode ter inúmeras normas. Assim, em um artigo podemos encontrar uma norma de direito material e outra norma de direito processual. Neste caso, a separação das normas se dá aplicando imediatamente a de direito processual e não aplicando a de direito material por ser maléfica ao réu e, portanto, irretroativa. É perfeitamente possível e não cria uma terceira norma, como muitos pensam. É o que ocorria com o art. 366 do CPP¹¹, onde se podia facilmente decantar a norma que determinava a suspensão do processo e a norma que impunha a suspensão da prescrição¹².

Diferentemente ocorre com o art. 88 da Lei 9.099/1995, vez que não há como exigir representação para o crime de lesões corporais leves e culposas sem influenciar o direito de punir, que restará fragilizado diante de tal exigência.

1.6. Resumos esquemáticos

Ordenamento Jurídico Processual

Entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência

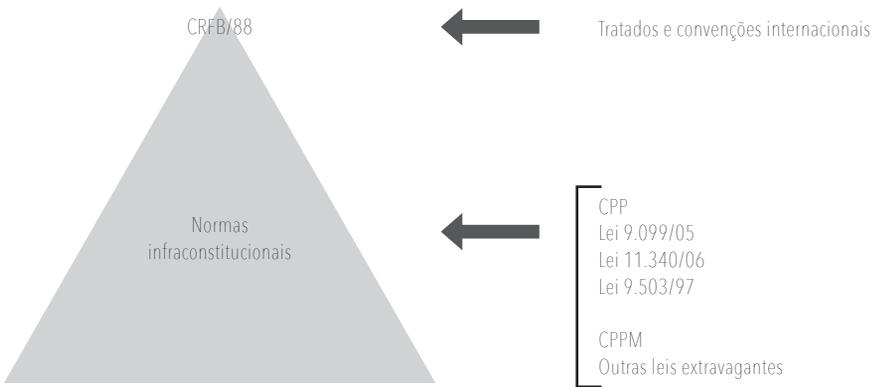


¹¹ Entendemos que este artigo foi tacitamente revogado com a reforma processual de 2008, o que será visto quando do estudo dos Atos Processuais, precisamente da citação.

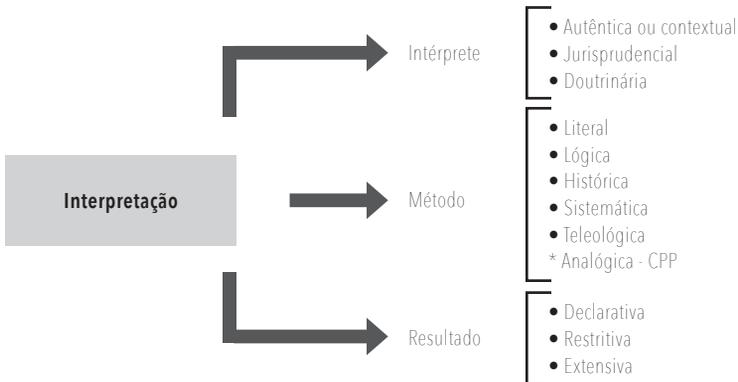
¹² JARDIM, Afrânio Silva. *Processo Penal, Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 361-364.

Ordenamento Jurídico Processual

Posição do autor



Classificação Hermenêutica



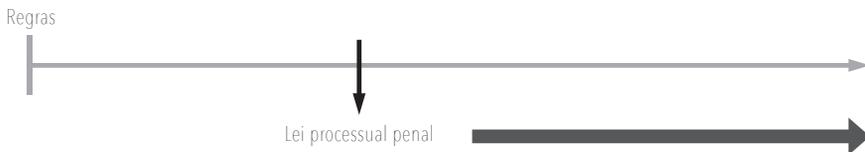
Lei Processual Penal no Espaço:

Como função de soberania é exercida no território nacional



Lei Processual Penal no Tempo - Art. 2º do CPP:

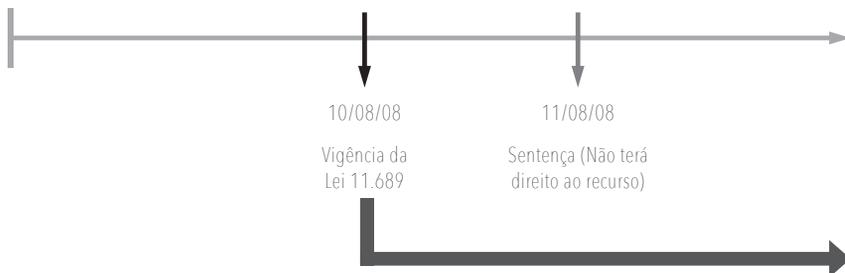
Aplicação imediata ao processo. (É retrospectiva ao fato)



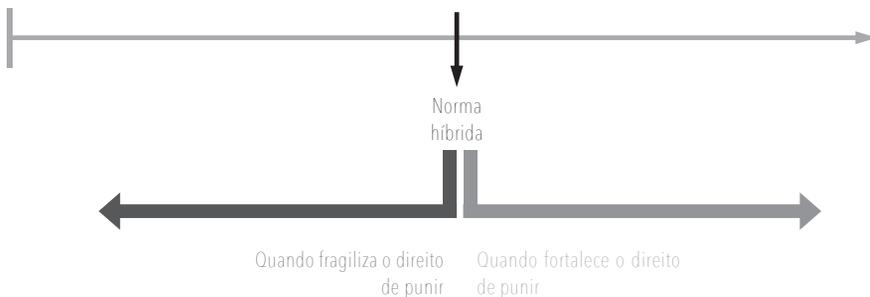
Exceção - Ex: Lei 11.689/08 que extinguiu o protesto por novo Júri



Diferente seria, se:



Leis Penais Processuais Mistas ou Híbridas - O princípio que rege é o da Lei penal, ou seja, irretroatividade quando prejudicial ao réu e retroatividade quando benéfica.



“Destacamos, inicialmente, a satisfação pela oportunidade dedicarmos algumas palavras sobre mais esta belíssima produção acadêmico-científica do ilustre Magistrado e Professor de Processo Penal, André Nicolitt - Manual de Processo Penal -, com a qual acaba de brindar nosso mundo jurídico, já com a sua 7ª edição.

Não se trata, por certo, apenas de mais um livro lançado no mercado pelo grande Magistrado e exemplar Professor Nicolitt. O talentoso autor não se limitou a tradicional postura de muitos “escritores” atuais que se contentam, basicamente, em reproduzir os dispositivos do CPP, atribuindo-lhes apenas uma linguagem sistemática.

A limitação exigida pela concepção estrutural de um manual não o impediram de abordar temas considerados novos, assumindo posturas ousadas, com sua ousada visão crítica. Mesmo impedido de aprofundá-los, nosso autor, como destaca o festejado Afrânio Jardim, “não deixou nada de fora, não passa ao largo de nenhuma controvérsia atual que apresente alguma relevância sistemática. O livro é de uma atualidade impressionante”!

Além de aprofundar e atualizar temas abordados nas edições anteriores, o Prof. André Nicolitt acrescenta, com a objetividade, clareza e precisão que lhes são peculiares, a análise de temas inéditos.

Por fim, registramos nossa ansiedade à espera em poder manusear essa nova obra, devorá-la com a avidez que sua leitura recomenda!”

Cezar Roberto **Bitencourt**

