

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

PROCESSO PENAL

5ª edição revista, atualizada e ampliada

Há várias mudanças em relação à edição anterior.

No plano das inovações legislativas, a 5ª edição analisou as mudanças e os acréscimos promovidos no último ano no Código de Processo Penal. Foram analisados os arts. 13-A e 13-B, acrescidos pela Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016, que tratou da prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e das medidas de atenção às vítimas. Também foram feitos comentários à alteração do inc. IV e aos acréscimos dos incs. V e VI do art. 318, tratando de hipóteses de prisões especiais, acrescidos pela Lei 13.257/2016, que dispôs sobre as políticas públicas para a primeira infância. A Lei 13.285, de 10 de maio de 2016, que acrescentou o art. 394-A ao Código, prevendo que "Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias" também foi considerada na nova edição. Por fim, foi analisada a Lei 13.434, de 12 de abril de 2017, que acrescentou o parágrafo único ao art. 292, vedando o uso de algemas em *mulheres grávidas durante parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato*.

Foram também objeto de análise outras mudanças legislativas que geram reflexos no processo penal: 1) a Lei 13.363, de 25 de novembro de 2016, que, assegurando direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz, alterou o Estatuto da Advocacia e da OAB, bem como o Código de Processo Civil; 2) a Lei 13.367, de 5 de dezembro de 2016, a qual alterou a Lei 1.579/1952, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito; 3) a Lei 13.432, de 11 de abril de 2017, que dispôs sobre o exercício da profissão de detetive particular; 4) a Lei 13.441, de 8 de maio de 2017, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando os arts. 190-A a 190-E, que tratam da Infiltração de Agentes de Polícia na internet, para a Investigação de Crimes contra a Dignidade Sexual de Criança e de Adolescente.

Também foram realizados acréscimos e mudanças no conteúdo teórico da nova edição.

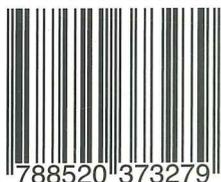
No Capítulo 10, que trata da prova penal, houve maior aprofundamento no conteúdo do item 10.1.13, sobre "Sistemas de valoração da prova". No Capítulo 15, que versa sobre os recursos, no que diz respeito ao recurso especial e extraordinário (item 15.8) e ao agravo no recurso especial e extraordinário (item 15.9), foram inseridos os julgados dos tribunais superiores em que já houve a aplicação do novo CPC ao processo penal.

▷ SÓ AQUI VOCÊ TEM O MELHOR DO LIVRO IMPRESSO E A FACILIDADE DO LIVRO ELETRÔNICO EM UM ÚNICO PRODUTO!



Acesse seu livro também em formato eletrônico ProView

ISBN 978-85-203-7327-9



9 788520 373279

SAP 42124168



4 2 1 2 4 1 6 8



THOMSON REUTERS™



GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

PROCESSO PENAL

5ª edição



GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

PROCESSO PENAL

5ª edição revista, atualizada e ampliada



THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

reais, cuja ilegalidade poderá ser reconhecida por mandado de segurança. Já no caso de meios de obtenção da prova, como as buscas e apreensões (CPP, art. 240) e as interceptações telefônicas (Lei 9.296/1996, art. 2.º), se determinados por juiz incompetente, é preciso distinguir duas situações: (1) a incompetência já era constatável no momento da decisão; (2) a incompetência ficou caracterizada em virtude de novos elementos colhidos após a decretação da medida.

Se o meio de obtenção de prova foi autorizado judicialmente quando os elementos até então colhidos já permitiam a constatação da incompetência do juiz (por exemplo, um furto realizado contra a Caixa Econômica Federal, cuja busca e apreensão foi determinada por juiz estadual), a medida será ineficaz.¹⁴ O juiz deveria, reconhecendo-se incompetente, ter determinado a remessa dos autos para que o juiz competente (no caso, o juiz federal) apreciasse o pedido de busca e apreensão.

Diversamente, se quando a medida foi autorizada o juiz se considerou competente, em face dos elementos de informação até então existentes no inquérito policial (por exemplo, um juiz estadual decreta uma interceptação telefônica para investigar tráfico de drogas), e só posteriormente se descobrem novos elementos que indicam que o crime era de competência de outro juiz (por exemplo, a droga era de proveniência estrangeira, e, por se tratar de tráfico internacional, de competência da Justiça Federal), a medida deve ser considerada válida, mantendo seu valor probatório.¹⁵

3.7. Início do inquérito policial

As formas de instauração do inquérito policial variam de acordo com a natureza do delito.

Nos casos de **ação penal pública incondicionada**, segundo o art. 5.º, *caput*, do CPP, a instauração do inquérito policial pode se dar: (1) de ofício, pela autoridade policial, que baixa uma portaria para tanto; (2) mediante requisição do Ministério Público ou do juiz; (3) mediante requerimento do ofendido. Também poder-se-á iniciar, nos termos do art. 10, por uma quarta forma: (4) o auto de prisão em flagrante (CPP, art. 8.º).

Nos casos de **requisição**, a autoridade policial, salvo ilegalidade manifesta, não pode se recusar a instaurar o inquérito policial. Há uma vinculação ou dever funcional de instaurar o inquérito.¹⁶

14. O STF declarou nula, por vício de incompetência, a interceptação decretada pelo TRF, em caso que o investigado não gozava de foro por prerrogativa de função (STF, HC 81.245/RJ).

15. No caso de interceptação telefônica deferida no curso do inquérito policial, o STF considerou que não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal – aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão – que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas (HC 81.260/ES).

16. Tourinho Filho (*Processo...*, v. 1, p. 224) afirma que “requisição é exigência legal. Requisitar é exigir. Já a palavra requerimento traduz a ideia de solicitação de algo permitido por lei”.

Não é possível considerar recepcionado pela nova ordem constitucional o art. 5.º, *caput*, II, do CPP, na parte em que prevê a possibilidade de o juiz, *ex officio*, requisitar a instauração de inquérito policial, mormente diante da regra do art. 83 do CPP, prevendo que esse juiz, se decidir alguma medida cautelar, ficará vinculado, por prevenção, para julgar a ação penal. A imparcialidade do juiz é evidentemente comprometida quando o magistrado realiza pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato objeto do julgamento. Como ainda não há imputação formulada, ao requisitar a instauração do inquérito policial o magistrado acaba por exercer funções típicas do titular da ação penal, violando a essência do sistema acusatório, consistente na separação das funções de julgar, acusar e defender, confiadas a sujeitos distintos.¹⁷ Um juiz que acusa não pode julgar. Aliás, no novo regime da Lei 12.403/2011, na fase da investigação criminal o juiz não poderá nem mesmo determinar, de ofício, medidas cautelares (CPP, art. 282, § 2.º). Com muito maior razão, não poderá determinar a instauração da própria investigação. Um magistrado que inicia a investigação, requisitando a instauração de inquérito policial, também não pode julgar.

Tendo notícia de um fato que se lhe afigurasse crime, o juiz poderá, com fundamento no art. 40 do CPP, determinar o encaminhamento de tais peças ao Ministério Público, para que este tome as providências que entender cabíveis. Nunca, porém, antecipar-se ao acusador – ou à autoridade policial – e requisitar a instauração de inquérito policial.¹⁸

Em suma, o disposto no art. 5.º, II, do CPP é incompatível com a Constituição de 1988, uma vez que viola o sistema acusatório e o monopólio da ação penal pública conferido ao Ministério Público, além de representar prejulgamento incompatível com a exigência de imparcialidade do juiz, em especial de sua imparcialidade objetiva. O juiz que requisita a instauração do inquérito policial não poderá exercer a função jurisdicional durante o inquérito policial, caso seja necessário proferir decisão judicial sobre medidas cautelares ou meios de obtenção de provas, nem poderá exercer a jurisdição em eventual processo penal que tenha por fundamento o inquérito policial instaurado por sua provocação.

Outra forma de instauração do inquérito policial é o **requerimento do ofendido**, que poderá ser deferido ou indeferido pela autoridade policial. Em qualquer caso, a decisão deverá ser motivada. Contra o indeferimento do requerimento do inquérito policial cabe recurso administrativo para o “chefe de polícia” (CPP, art. 5.º, § 2.º).

e, com base em tais premissas, conclui: “Não poderá, pois, a autoridade policial deixar de atender às requisições da Autoridade Judiciária ou do Ministério Público”.

17. Nesse sentido: Silva Jardim, *Em torno...*, p. 320; Id., *O Ministério Público...*, p. 328; Rangel, *Direito...*, p. 23; Prado, *Sistema acusatório...*, p. 135; Polastri Lima, *Manual...*, p. 97; Lopes Jr., *Direito...*, t. I, p. 255. Em sentido parcialmente diverso, Dezem (*Curso...*, p. 133) entende que o juiz poderá requisitar o inquérito policial, embora nesse caso fique, posteriormente, impedido de atuar no processo, restando comprometida sua imparcialidade.

18. Nesse sentido: Pacelli de Oliveira, *Curso...*, p. 45; Lopes Jr., *Direito...*, t. I, p. 265; Polastri Lima, *Manual...*, p. 97.

Atualmente, não há nos quadros da polícia a figura do “chefe de polícia”, devendo o recurso ser endereçado ao delegado-geral de polícia ou, até mesmo, ao secretário de Segurança Pública. No caso da Polícia Federal, seu “chefe” é o diretor do Departamento de Polícia Federal. Nada impede, contudo, que o recurso seja interposto perante outras autoridades policiais, hierarquicamente superiores ao delegado de polícia que indeferiu a instauração do inquérito policial (por exemplo, delegado seccional). Por outro lado, haverá também a alternativa de, ante o indeferimento, o requerente fornecer, por escrito, “informações” ao Ministério Público, para que este requirite a instauração do inquérito (CPP, art. 27).

Já na **ação penal pública condicionada** o inquérito policial somente poderá ser instaurado se houver **representação**, escrita ou oral, do ofendido ou seu procurador (CPP, art. 5.º, § 4.º). Em tal caso, o inquérito policial não poderá ser iniciado por auto de prisão em flagrante, se não houver representação do ofendido. Na ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no § 4.º do art. 5.º do CPP, não se admitindo que o inquérito policial se inicie sem tal ato.¹⁹ Nesses casos, tal representação, ainda que formulada para a instauração do inquérito policial, já servirá como a manifestação de vontade do ofendido, satisfazendo a condição de procedibilidade exigida para, futuramente, o Ministério Público oferecer a denúncia sujeita à representação. O mesmo se diga em relação à requisição do Ministro da Justiça.

Por fim, na **ação penal de iniciativa privada** o inquérito somente pode se iniciar mediante **requerimento do ofendido** (CPP, art. 5.º, § 5.º). Não se trata, por óbvio, de oferecimento da própria queixa-crime, o que somente ocorrerá em juízo, dando causa à instauração do processo penal. Todavia, para que se inicie o inquérito, é necessário que a vítima ou seu representante legal formulem requerimento para autoridade policial, pleiteando a sua instauração.²⁰

Nos casos de investigados que gozam de **foro por prerrogativa de função**, o início da persecução penal ficará vinculado à **autorização do tribunal competente**.²¹ Por criação jurisprudencial, a previsão do foro por prerrogativa de função

19. Nesse sentido: Tourinho Filho, *Manual...*, p. 78.

20. No regime da Lei 9.099/1995, tanto no caso de ação penal pública condicionada como no caso de ação penal privada, é possível iniciar a persecução penal – isto é, lavrar o termo circunstanciado – sem a representação ou requerimento da vítima. Tanto a representação, na ação penal pública condicionada, quanto a queixa, na ação penal privada, deverão ser oferecidas na audiência preliminar (art. 74, *caput*). De observar, porém, que, no regime da referida lei, o sistema deveria funcionar com a lavratura imediata do termo circunstanciado e o encaminhamento, também imediato, do autor do fato e da vítima ao Juizado, para a realização da audiência preliminar, o que não ocorre na prática.

21. Por óbvio, se houver necessidade de algum meio de obtenção de prova, por exemplo, quebra de sigilos bancário ou fiscal, interceptação telefônica, busca e apreensão, entre outros, será necessária autorização do desembargador ou do ministro a quem tenha sido distribuída a investigação. Da mesma forma, a decretação de medidas cautelares, pessoais ou reais, será de competência do Tribunal. Ou seja, a competência por prerrogativa de função não se

acaba gerando um efeito mais amplo, que não encontra paralelo na investigação preliminar nos casos de crimes de competência do juiz singular. No caso de um crime cuja competência seja atribuída a juiz de direito, a autoridade policial pode instaurar inquérito policial para investigar os fatos que se lhe afiguram criminosos, independentemente de qualquer autorização ou decisão judicial. Já na hipótese de competência originária dos tribunais, em virtude da existência de regra de foro por prerrogativa de função, a investigação não poderá ser iniciada sem que haja prévia autorização do tribunal competente para processar originariamente a ação penal.²² Por certo, a mesma exigência se impõe no caso de outras formas de investigação preliminar diversas do inquérito policial, como vem ocorrendo nos denominados “procedimentos criminais diversos”. Da mesma forma que não pode a autoridade policial instaurar inquérito policial contra autoridade que goze de foro por prerrogativa de função, sem autorização do ministro ou desembargador relator competente pela investigação, também não poderá fazê-lo o representante do Ministério Público, em qualquer investigação preliminar que pretenda instaurar, sob qualquer denominação que se dê (por exemplo, os procedimentos investigatórios criminais ou procedimentos criminais diversos), para fins penais.²³

A **denúncia anônima** não tem valor jurídico, sendo impossível instaurar o inquérito com base em um ato sem qualquer eficácia jurídica. Todavia, isso não quer dizer que a “denúncia anônima” não tenha nenhum valor investigativo. Aliás, são cada vez mais frequentes os “disque-denúncias”. Com base nas informações contidas nas denúncias anônimas, a polícia pode iniciar a prática de atos de investigação rotineiros, visando a verificar sua veracidade. Colhidos elementos mínimos, ou comprovados os elementos da denúncia anônima, aí, sim, será possível instaurar inquérito policial,

aplica apenas à ação penal propriamente dita, mas abrange, também, os atos jurisdicionais a serem praticados no curso da investigação preliminar.

22. Nesse sentido decidiu o STF, no julgamento de Questão de Ordem no Inquérito n. 2.411/MT, “Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do ministro-relator do STF. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, b c.c. Lei 8.038/1990, art. 2.º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*. Questão de ordem resolvida no sentido e anular o formal indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado.”
23. Nesse sentido posicionou-se o TJSP, especificamente em relação ao caso de prefeitos municipais, em que a investigação pelo Ministério Público se iniciou sem autorização do tribunal (TJSP, HC 990.09.120736-5).

mediante portaria da autoridade policial,²⁴ ou mesmo auto de prisão em flagrante, caso a denúncia seja confirmada.²⁵

Não será possível, porém, com base exclusivamente em denúncia anônima requerer interceptação telefônica,²⁶ busca e apreensão ou qualquer outro meio de obtenção de prova. Isso porque, sendo destituída de valor jurídico, não poderá caracterizar-se sequer como elemento representativo do *fumus commissi delicti*, necessário para tais medidas.

No caso de investigado que goze de foro por prerrogativa de função, a denúncia anônima, não amparada por outros elementos, será insuficiente para que o tribunal competente autorize o início das investigações.²⁷

O art. 35 do CPP, que restringia o direito de queixa da mulher casada e, conseqüentemente, o direito de representação para o início do inquérito policial (CPP, art. 5.º, § 5.º), foi revogado, expressamente, pela Lei 9.520, de 27.11.1997. Aliás, tal dispositivo já não havia sido recepcionado pela nova ordem constitucional, diante da igualdade prevista no art. 226, § 5.º, da CR.

3.8. *Notitia criminis*: conceito e espécies

A *notitia criminis*, ou notícia do crime, é o conhecimento espontâneo ou provocado, pela autoridade policial, de um fato que se afigura crime. A *notitia criminis* é espontânea quando o conhecimento da infração ocorre de forma direta e imediata pela autoridade policial, no exercício rotineiro de suas atividades (por exemplo, encontro do

24. Em sentido contrário, para Mirabete, *Processo penal...*, p. 87) nada impede a notícia anônima do crime, a que se tem dado o nome de *notitia criminis* inqualificada. Para Nucci (*Código...*, p. 91), embora o anonimato não seja causa suficiente para a instauração do inquérito, ele poderá ter a eficácia de possibilitar o início das averiguações. No mesmo sentido: Greco Filho, *Manual...*, p. 80. O STF já admitiu o início das investigações por meio de *notitia criminis* anônima (MS n. 24.369/DF). Por outro lado, considerou, em sentido contrário, que “não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente” (HC 84.827/TO).

25. O STF decidiu que “Não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima” (HC 90.178/RJ).

26. Além disso, assim também decidiram a Quinta Turma do STJ, no HC 190.334/SP e a Sexta Turma no HC 137.349/SP. Por outro lado, o STJ admitiu interceptação telefônica no caso de haver outras provas: “O anonimato, *per se*, não serve para embasar a instauração de inquérito policial ou a interceptação de comunicação telefônica. Contudo, *in casu*, ao escrito apócrifo somaram-se depoimentos prestados perante o Ministério Público, que, só então, formulou o requerimento respectivo” (STJ, HC 161.660/PR). Também nesse último sentido: STJ, HC 146.21/SP.

27. Nesse sentido decidiu o Pleno do STF, no Inq n. 1957/PR e no HC 84.827/TO. No mesmo sentido decidiu a Corte Especial do STJ no AgReg na Sind n. 100/TO e na QO na Sind n. 81/SP.

corpo de delito). Por outro lado, haverá *notitia criminis* provocada quando transmitida à autoridade policial por ato formal de terceira pessoa, seja pelo requerimento da vítima, pela requisição do Ministério Público, ou ainda pela representação do ofendido.²⁸

A *notitia criminis* espontânea é denominada cognição imediata, enquanto a provocada é chamada de cognição mediata. Finalmente, denomina-se *notitia criminis* de cognição coercitiva aquela decorrente da prisão em flagrante.

De outro lado, denomina-se *delatio criminis* a comunicação do crime feita por qualquer do povo, nos termos do § 3.º do art. 5.º do CPP.²⁹

3.9. Diligências

O art. 6.º do CPP prevê as diligências que poderão ser realizadas pela autoridade policial. Trata-se de dispositivo que estabelece um rol de diligências, e não a ordem ou sequência dos atos de investigação a serem realizados. A ordem procedimental dos atos de investigação é irrelevante, cabendo à autoridade, em vista das circunstâncias, colher as provas na medida das possibilidades.³⁰

O art. 6.º do CPP determina que a autoridade policial deverá:

I – *dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais*; II – *apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais*; III – *colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias*; IV – *ouvir o ofendido*; V – *ouvir o indiciado, com observância dos arts. 185 a 196 do CPP, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura*; VI – *proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações*; VII – *determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias*; VIII – *ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes*; IX – *averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter*.

A preservação do local do crime é fundamental para a colheita de elementos de informações que poderão ser muito úteis para a descoberta da forma de cometimento do delito e de sua autoria. Infelizmente, na prática, muitas vezes não se preserva o local do crime adequadamente, de forma que, quando o perito chega à cena delitiva, muito já se perdeu em termos de investigação.³¹ O art. 169 do CPP dispõe sobre a perícia no local do crime.

28. Frederico Marques, *Elementos...*, v. 1, p. 134.

29. Frederico Marques, *Elementos...*, v. 1, p. 135.

30. Greco Filho, *Manual...*, p. 81.

31. No tocante à preservação do local do crime, excepcionalmente, no caso de crimes de trânsito, a Lei 5.970/1973, em seu art. 1.º, § 1.º, prevê que: “(...) em caso de acidente de trânsito, a