

**PROCESSO PENAL**

**ENUNCIADOS  
JURÍDICOS  
PROCESSUAIS  
PENAIIS**



**CAAMG**

Comissão de  
Processo Penal

A Comissão de Processo Penal da OAB/MG, por meio dos advogados e advogadas que atualmente a compõem, apresenta estes ENUNCIADOS orientativos para a atuação profissional na Advocacia Criminal. E o faz em prol do engrandecimento desta renomada instituição e, sobretudo, da busca constante pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais que devem reger o Processo Penal em Estado Democrático de Direito.

**Presidente:**

Négis Monteiro Rodarte

**Coordenadores do projeto:**

Alessandra Margotti dos Santos Pereira

Bruno Cesar Gonçalves da Silva

**Autores e autoras do projeto:**

Alessandra Margotti dos Santos Pereira

Alneir Fernando Santos Maia

André Junqueira Mafra Lott

Bruno Cesar Gonçalves da Silva

Emanuel Victor Utsch Leite

Fabiele Juliane Cassia da Silva

Giulia Muffato Salomão

José de Assis Santiago Neto

Maria Cristina dos Santos Silva

Négis Monteiro Rodarte

Neliane Aparecida de Sousa Rodrigues

Paulo Henrique Souza Ribeiro

Talita Quézia de Assis

# SUMÁRIO

<u>1. OBRIGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E AMPARADA FÁTICA E LEGALMENTE SOBRE A SUPOSTA PRESENÇA DE “ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDIQUEM CONDUTA CRIMINAL HABITUAL, REITERADA OU PROFISSIONAL” ALEGADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA SE NEGAR ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)</u>	<b>6</b>
<u>2. SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS COLETADAS PELA AUTORIDADE POLICIAL DE COMPUTADORES OU OUTROS DISPOSITIVOS DE ARMAZENAMENTO DIGITAL, QUE ESTEJAM DESACOMPANHADAS DE CÓDIGO GERADO PELA FUNÇÃO HASH OU OUTRO APTO A GARANTIR A INTEGRIDADE “BIT A BIT” DOS DOCUMENTOS</u>	<b>11</b>
<u>3. É PROIBIDA A VALORAÇÃO DE TESTEMUNHOS DE “OUVI DIZER”, NÃO SE PRESTANDO A HAERSAY TESTIMONY À FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES.</u>	<b>16</b>
<u>4. O DIREITO AO SILÊNCIO PODE SER EXERCIDO PARCIALMENTE, COMO EXERCÍCIO DA AUTODEFESA, E NÃO PODE IMPLICAR NA PRESUNÇÃO DE CULPA, SOB PENA DE CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DE AUTORIDADE.</u>	<b>21</b>
<u>5. É POSSÍVEL A PARTICIPAÇÃO EM AUDIÊNCIA, POR VIDEOCONFERÊNCIA, DE RÉU FORAGIDO.</u>	<b>25</b>
<u>6. DEVE SER ASSEGURADO O ACOMPANHAMENTO PELO RÉU DO DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA QUE SOLICITE SUA RETIRADA (ART. 217 CPP), MESMO QUE POR VIDEOCONFERÊNCIA, COMO EXERCÍCIO DO DIREITO À AUTODEFESA.</u>	<b>31</b>
<u>7. É PROIBIDA A NEGATIVA POR PARTE DAS AUTORIDADES ESTATAIS NA FORMALIZAÇÃO OU APRESENTAÇÃO/JUNTADA DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.</u>	<b>39</b>

8. É INVÁLIDA A UTILIZAÇÃO, PARA FINS DE CONDENAÇÃO CRIMINAL, DE PROVA OBTIDA POR MEIO DE PESCARIA PROBATÓRIA (FISHING EXPEDITION)  
..... **44**
9. A APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 396 E 396-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO PROCESSO PENAL MILITAR NÃO ALTERA O MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS DA DEFESA.  
..... **50**
10. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE QUE SEJAM FORMULADAS PERGUNTAS EM BLOCO NA AUDIÊNCIA DE ESCUTA ESPECIALIZADA DE VÍTIMAS E TESTEMUNHAS MENORES DE IDADE VIOLA A AMPLA DEFESA DO ACUSADO.  
..... **57**
11. É PROIBIDO O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUANDO EVIDENTE A QUEBRA DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA DO MAGISTRADO POR COMPORTAMENTO ANIMOSO OU DE INIMIZADE COM O ADVOGADO OU ADVOGADA REPRESENTANTE.  
..... **61**
12. É POSSÍVEL A APLICAÇÃO RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS PROCESSOS QUE JÁ TINHAM DENÚNCIA RECEBIDA QUANDO DA ENTRADA EM VIGOR DO ART. 28-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL  
..... **66**

# APRESENTAÇÃO

A Comissão de Processo Penal da OAB tem a honra de apresentar o presente projeto de Enunciados Orientativos. Estes enunciados foram cuidadosamente elaborados com o objetivo de orientar e aperfeiçoar a aplicação de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para a atuação dos advogados e advogadas criminalistas, promovendo um Processo Penal Democrático que respeite os princípios norteadores da advocacia criminal. Este documento reflete nosso compromisso com a justiça e a defesa dos direitos fundamentais, procurando fornecer diretrizes embasadas para situações cotidianas e específicas do exercício da advocacia em processos penais.

O projeto reafirma o compromisso da OAB e de seus membros com a defesa intransigente dos direitos fundamentais e a promoção de um Processo Penal mais justo e democrático. Esperamos que este documento seja uma ferramenta valiosa para todos os advogados e advogadas criminalistas, ajudando a garantir a observância dos princípios constitucionais e legais que são a base do nosso sistema de justiça. Acreditamos que, com a aplicação destes enunciados, contribuiremos para um sistema penal mais equilibrado e justo, onde a ampla defesa e os direitos fundamentais dos acusados sejam sempre preservados.

# 1

**OBRIGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E AMPARADA FÁTICA E LEGALMENTE SOBRE A SUPOSTA PRESENÇA DE “ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDIQUEM CONDUTA CRIMINAL HABITUAL, REITERADA OU PROFISSIONAL” ALEGADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA SE NEGAR ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)**

---

Alessandra Margotti  
dos Santos Pereira

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro em 2019, não sem críticas, como uma inovação eficiente para o judiciário e o jurisdicionado, em complemento aos mecanismos semelhantes já existentes desde a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais.

Como mais uma modalidade de justiça penal negocial e consensual, o ANPP tem como objetivo principal desafogar o judiciário e permitir a participação ativa e a responsabilização do acusado de crimes que se enquadrem em requisitos específicos, previstos no caput do artigo 28-A do CPP <sup>1</sup>. No entanto, a eficácia desse mecanismo pode ser comprometida por interpretações e aplicações que não observam rigorosamente os princípios legais e constitucionais que regem o direito penal e processual penal brasileiro.

Entre os requisitos exigidos para o acordo, está a proibição de celebração com o acusado que apresente “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, considerado um requisito subjetivo e negativo.

---

*1 Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. [...] § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.*

Ocorre que esse requisito, da forma como está redigido e vem sendo utilizado para negativa da possibilidade de acordo, é inconstitucional por ofensa aos princípios da legalidade e da presunção de inocência. Ao primeiro, por não especificar com clareza os conceitos de “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” e, ao segundo, por negar a possibilidade de acordo a acusados não necessariamente reincidentes<sup>2</sup>. Essa falta de definição conceitual não pode ser pretexto para uma negação arbitrária do ANPP por parte do Ministério Público, baseando-se em interpretações subjetivas ou não suficientemente fundamentadas<sup>3</sup>.

Alegações de que um acusado apresenta estilo de vida pautado na prática habitual e reiterada de crimes sem o devido suporte de provas concretas e definitivas, além de contrariar o princípio da presunção de inocência, aproxima perigosamente o Direito Penal de Autor, o qual é inadmissível em um sistema penal democrático, em que o foco deve estar na conduta e não na personalidade do agente.

O professor e advogado Leonardo Schmitt de Bem destaca que essa conceituação foi importada do Código Penal italiano<sup>4</sup> pela Lei 13.964/19, mas sem o cuidado de trazer também seus conceitos. O autor destaca que tal previsão é acéfala, pois sua importação “não compreendeu que a habitualidade presumida por lei ou a considerada pelo juiz, à margem de outras condições legais, exige uma pluralidade de condenações definitivas por crimes

---

2 DE BEM, Leonardo Schmitt. *Os requisitos do Acordo de Não Persecução Penal*. In: MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt (Orgs). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020.

3 Nesse sentido, cf.: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual de Acordo de Não Persecução Penal: a luz da Lei nº 13.964/2019*. Salvador: JusPodivm, 2020. MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. (Orgs). *Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020. *Os requisitos do Acordo de Não Persecução Penal*.

4 Livro I, Título IV, Capítulo II, do Código Penal Italiano.

dolosos (art. 102/103), e que profissionalidade é característica de criminoso habitual com atuação ainda mais acentuada (art. 105).”<sup>5</sup> Complementa, ainda, que na Itália tais condições são consideradas mais graves que a reincidência, mas aqui no Brasil, incoerentemente, aplica-se até ao investigado primário. Se o investigado é primário,<sup>6</sup> “não pode ser, simultaneamente, infrator habitual ou profissional”.<sup>7</sup>

Claramente negar o ANPP com base em argumentos do tipo, utilizando de registros de ocorrências, investigações e mesmo ações penais ainda em andamento, contraria a própria Constituição Federal, por ofensa ao preceito democrático básico da presunção de inocência; e aqui também deve ser considerada a conhecida Súmula 444 do STJ<sup>8</sup>.

Deve ser regra que acusações de habitualidade, reiteração ou profissionalismo na prática criminal estejam amparadas por provas concretas de condenações definitivas, não sendo suficientes meros registros em inquéritos ou processos em andamento. Qualquer decisão que negue o ANPP com base em suposta disposição para o crime deve ser combatida e questionada pela defesa, fazendo-se valer o disposto no §14 do artigo 28-A do CPP sempre que necessário<sup>9</sup>. Presunções sem

---

5 DE BEM, Leonardo Schimitt. *Os requisitos do Acordo de Não Persecução Penal*. Op. Cit., p. 249

6 *Ibid.* O autor também explica que na Itália não se fala em habitualidade, pois redundante, já que habitual já é uma prática reiterada, com o que se concorda.

7 *Ibid.* p. 262.

8 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

9 Art. 28-A [...] § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

base empírica sólida não atendem ao rigor necessário para a restrição de direitos fundamentais, especialmente o direito ao devido processo legal e a uma pena justa.

É imperativo que o Ministério Público observe os mais altos padrões de objetividade e justiça, assegurando que as negações do ANPP sejam sempre acompanhadas de justificativas legais e fáticas adequadas. Nesse contexto, o réu tem o direito de ter reconhecida a possibilidade de ANPP, a menos que existam evidências concretas e incontestáveis que justifiquem a sua exclusão deste benefício, respeitando-se assim os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e reafirmados pela legislação penal.

# 2

**SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS COLETADAS PELA AUTORIDADE POLICIAL DE COMPUTADORES OU OUTROS DISPOSITIVOS DE ARMAZENAMENTO DIGITAL, QUE ESTEJAM DESACOMPANHADAS DE CÓDIGO GERADO PELA FUNÇÃO HASH OU OUTRO APTO A GARANTIR A INTEGRIDADE “BIT A BIT” DOS DOCUMENTOS**

---

André Junqueira Mafra Lott e  
Emanuel Victor Utsch Leite

Diante da crescente utilização de provas coletadas de dispositivos de armazenamento digital como fundamento de condenações criminais, mostra-se inarredável a necessidade do estabelecimento de meios idôneos que possibilitem a verificação acerca da integridade e autenticidade das mesmas, como garantia da cadeia de custódia, que, por sua vez, se baseia no princípio universal de ‘autenticidade da prova’, definida como “*lei da mesmidade*.”<sup>10</sup>

Desta forma, em observância ao art. 158-B, do CPP, temos que a garantia da integridade das evidências que compõem um corpo de delito demanda abordagens distintas, a depender da natureza dos elementos envolvidos.

Quando nos deparamos com evidências digitais, como é o caso dos dados informáticos, ocorre da mesma forma, sendo necessário adotar técnicas específicas que considerem as particularidades desses tipos de evidência, a fim de assegurar objetivamente a confiabilidade das provas produzidas em desfavor do acusado.

Neste sentido, em que pese a inerente volatilidade dos dados armazenados digitalmente, existem alguns mecanismos específicos aptos a garantir a sua integridade e possibilitar a necessária verificação de eventuais supressões, alterações ou inclusões após a sua coleta, como o código de Hash.

Aplicando-se a função *Hash*, é possível extrair uma identificação única para cada arquivo, de forma que se um único bit de informação do arquivo for alterado em qualquer etapa posterior a coleta, o código gerado será completamente diferente do primeiro.

Por outro lado, se o documento se mantiver incólume, as hashes geradas no momento da coleta e em momento posterior serão

.....

<sup>10</sup> “isto é, o princípio pelo qual se determina que ‘o mesmo’ que se encontrou na cena [do crime] é ‘o mesmo’ que se está utilizando para tomar a decisão judicial” PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 151

idênticas, demonstrando com considerável segurança a garantia da cadeia de custódia.

*O código HASH é o resultado de um algoritmo matemático que produz uma sequência de caracteres pequena (normalmente de 32 a 256 caracteres) com base no conteúdo de um determinado arquivo. **Caso seja feita qualquer alteração desse conteúdo, a sequência de caracteres sofre uma mudança drástica em seu conteúdo.** No que se refere ao seu uso para evidências digitais, também é importante que o algoritmo seja seguro contra “colisões”, que consiste na possibilidade de você ter dois arquivos de conteúdos diferentes como o mesmo código gerado.<sup>11</sup>*

Destarte, o código gerado pela função Hash, ou outro que cumpra a mesma função, por meio de uma individualização criptografada dos dados, permite a garantia da autenticidade e da integridade da prova.

*o procedimento de documentação da cadeia de custódia tem por objetivo garantir a autenticidade e a integridade da fonte de prova. A autenticidade significa que a fonte de prova é genuína e autêntica quanto à sua origem. **A partir de um conjunto de dados individualizadores, garante-se que a coisa objeto de perícia ou simplesmente apresentada em juízo é a mesma que foi colhida, guardada e examinada.**<sup>12</sup>*

---

<sup>11</sup> SOUZA, Bernardo; MUNHOZ, Alexandre; CARVALHO, Romullo. Manual Prático de Provas Digitais - Ed.2023. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais.

<sup>12</sup> BADARÓ, Gustavo. 10.1.. Teoria Geral da Prova In: BADARÓ, Gustavo. Processo Penal - Ed. 2022. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2022.

Ressalta-se que existem vários algoritmos para a extração do código Hash, devendo ser utilizado àquele que garanta a integridade “bit a bit” dos arquivos e não permita a geração de códigos idênticos para arquivos de conteúdos diferentes, conforme leciona Souza:

*Existem diversos algoritmos para o cálculo do HASH, sendo necessário avaliar se têm confiança suficiente para manutenção da integridade do arquivo. Atualmente, os algoritmos SHA256, SHA512, SHA3-256 e SHA3-512 são suficientes para a maioria das aplicações. Já algoritmos como MD5 e SHA1 não são suficientes se forem usados de forma isolada, pois permitem a geração de um código idêntico para arquivos com conteúdos diferentes.<sup>13</sup>*

Sendo assim, a ausência de elementos verificadores expostos acima, constitui flagrante violação ao direito de defesa e às garantias do contraditório e do devido processo legal devendo ser declaradas inadmissíveis, em aplicação análoga do art. 157, caput, e parágrafo 1º do CPP:

*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.*

---

<sup>13</sup> SOUZA, Bernardo; MUNHOZ, Alexandre; CARVALHO, Romullo. Manual Prático de Provas Digitais - Ed.2023. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais.

Ante a pertinência do tema, cuja padronização visa contribuir para a consolidação de procedimentos mínimos para garantia da cadeia de custódia de provas digitais, em matéria Penal, propõe-se o mencionado enunciado.

# 3

**É PROIBIDA A VALORAÇÃO DE TESTEMUNHOS DE “OUVI DIZER”, NÃO SE PRESTANDO A HAERSAY TESTIMONY À FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES.**

---

Bruno Cesar Gonçalves da Silva

Para além da Inadmissibilidade de Provas Obtidas por Meios Ilícitos, cuja valoração, por óbvio, sequer pode ser cogitada, vez que a prova assim obtida é inadmissível no Processo, existe ainda no âmbito da disciplina das Proibições de Prova a “Proibição de Valoração”. No contexto brasileiro a opção Constitucional pela acusatoriedade pressupõe a observância desta Proibição de Valoração em relação a determinados elementos de informação – ainda que lícitamente obtidos – sempre que tal Valoração conflitar com a principiologia Constitucional do Processo Penal.

Trata-se das Proibições de Valoração Independentes, pois não correlacionadas à eventual ilicitude do meio de obtenção ou da forma de produção da prova. Tal Proibição de Valoração Independente é verificável “*à margem de qualquer violação das normas de produção da prova. Emergindo, por via de regra, a partir da referência direta à tutela constitucional dos direitos fundamentais, as proibições de valoração independentes podem igualmente suscitar-se no contexto de uma produção de prova inteiramente conforme aos pertinentes imperativos legais.*”<sup>14</sup>

Talvez um dos exemplos mais eloquente de Proibição de Prova fornecido pela literatura jurídica especializada – independentemente de qualquer vício ou ilegalidade verificado na sua obtenção ou produção –, seja a Proibição de Valoração de testemunhos de “ouvir dizer” (*hearsay*). O *hearsay* é amplamente proibido mundo afora porque nele uma “testemunha” que não presenciou os fatos reproduz o que ouviu de uma terceira pessoa, que por sua vez pode ou não ter presenciado os fatos. Tal proibição de prova se justifica pelo potencial que o *hearsay* tem de amesquinhar Princípios basilares do Processo Penal como o Contraditório e a Ampla Defesa, já que permite que supostos conhecimento de terceiros – por vezes até mesmo desconhecidos –, ingresse nos autos sem qualquer possibilidade de questionamento ou contradita.

---

<sup>14</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 56.

Ao se cancelar o *hearsay*, o que se está permitindo é que uma pessoa figure como testemunha sem, todavia, comparecer em Juízo ou perante a Autoridade responsável pelas Investigações Preliminares. Em razão disso é que Richard Vogler vai afirmar que a proibição do *hearsay* implica que *“uma pessoa não pode declarar como testemunha contra um acusado, a menos que faça a declaração sob juramento, cara a cara com o acusado e sujeito a um interrogatório cruzado”, sempre no desiderato de “excluir comunicação indireta de fatos, a fofoca e o rumor pouco confiáveis e impossíveis de se verificar.”*<sup>15</sup>

O *hearsay* não se distingue, portanto, da fofoca; fofoca, por sua vez, distingue-se – e muito! –, da Prova em sentido técnico jurídico. No limite, o *hearsay* seria um testemunho realizado por mediação de interposta pessoa; um testemunho que sequer pode ser considerado delegado, eis que a pessoa que de fato comparece perante as Autoridades sequer tem procuração para falar em nome do indivíduo que supostamente presenciou os fatos. Evidente, portanto, a incompatibilidade do *hearsay* com a natureza personalíssima do testemunho.

De mesmo modo, o *hearsay* torna impossível a produção de contra-prova, constituindo-se assim mecanismo de inserção nos autos de hipótese acusatória impassível de contestação objetiva – i.e. impossível de ser empiricamente falseada, de ser contestada –, o que viola a essência do Contraditório, pois *“a ideia por trás desse princípio é que a admissão de testemunhos indiretos, ou ‘de ouvir dizer’, viola o necessário equilíbrio do processo, na medida em que impede o exame conveniente da testemunha. De fato, muitas vezes é impossível – ou sumamente difícil – afirmar que alguém, em algum momento, não ouviu algo*

.....

15 No original: *“una persona no puede declarar como testigo en contra de un acusado, a menos que se haga la declaración bajo juramento, cara a cara frente al acusado y sujeto a un interrogatorio cruzado” e “excluir comunicación indirecta de hechos, el chisme y el rumor poco fiables e imposibles de verificar”. VOGLER, Richard. Últimas tendencias probatorias en Inglaterra. In: colomer, Juan Luis Gómez. Prueba y Proceso Penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado.*

*de outrem. Por tal razão, esse princípio também se extrai do devido processo legal”.*<sup>16</sup>

Do ponto de vista normativo, a proibição do *hearsay* ingressou no ordenamento jurídico positivo do Brasil com a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 8.2.f prevê o “*direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos*”. Trata-se do Direito ao Confronto, isto é, de confrontar-se em Juízo com pessoas que tenham conhecimento direto dos fatos.

Com isso, desde que o Brasil se vinculou ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos – mediante ratificação do Pacto de São José da Costa Rica (que integra o Direito Positivo brasileiro, nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal<sup>17</sup>) e reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos –, é que a efetiva possibilidade de se intimar e ouvir a testemunha referida pelo depoente indireto é condição *sine qua non* à possibilidade de se admitir do *hearsay*, vez que o Pacto de São José da Costa Rica diz – repita-se! –, que é Direito da Defesa do Acusado “*obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos*”.

Com a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao Direito Positivo brasileiro, delineou-se uma nítida correlação entre *hearsay* e Direito ao Confronto. Não se trata de proibição absoluta do *hearsay*, mas de sua admissão desde que, a partir do testemunho indireto, seja assegurada a identificação outras

---

<sup>16</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 120.

<sup>17</sup> CF, art. 5º, § 2º: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

peças que possam, elas próprias, prestar declarações sobre os fatos, bem como garantida a inquirição destas pessoas em exame cruzado.

Ante a relevância do tema, cuja problematização visa contribuir para a consolidação de mínimos parâmetros de controles epistêmicos da Prova Oral em matéria Penal, propõe-se o aludido enunciado.

# 4

**O DIREITO AO SILÊNCIO PODE SER  
EXERCIDO PARCIALMENTE, COMO EXERCÍCIO  
DA AUTODEFESA, E NÃO PODE IMPLICAR  
NA PRESUNÇÃO DE CULPA, SOB PENA DE  
CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DE AUTORIDADE**

---

Maria Cristina dos Santos Silva

O direito ao silêncio decorre do princípio *nemo tenetur se detegere* (art. 5.º, LXIII, CF/88), como garantia fundamental individual no sistema acusatório brasileiro. Assim sendo, o exercício da premissa constitucional não pode acarretar prejuízo ao réu, seja pela presunção de culpa ou a valoração pejorativa do silêncio, conforme art. 186 do CPP.

No sistema acusatório, o direito ao silêncio, pilar fundamental da garantia contra a autoincriminação, ainda enfrenta resistência do judiciário quando se trata do exercício do silêncio parcial pelo réu. Essa prerrogativa, amparada pelos princípios do estado de inocência e da ampla defesa, permite ao acusado escolher quais perguntas responderá durante o interrogatório, como forma de construir sua autodefesa.

A resistência à efetivação do silêncio parcial advém da herança inquisitória que considerava o interrogatório como meio de prova e, portanto, o silêncio era valorado como culpa. Entretanto, com a superação do sistema inquisitorial pelo sistema acusatório, o interrogatório passou a ser considerado como meio de defesa, de tal forma que o réu exerce autodefesa, seja ao responder às perguntas que lhe convier ou ao optar pelo silêncio total ou parcial.

E desta forma, ao optar o acusado pelo silêncio parcial, consubstanciado na escolha de quais perguntas irá responder, não pode o magistrado e o promotor indagar os motivos do silêncio, insistir nas perguntas, constar em ata, induzir ou autodeterminar que o réu responda às perguntas formuladas, sob pena de configuração de abuso de autoridade, nos termos do parágrafo único do art.15 da Lei 13.869/19.

Consolida esse entendimento o recente acórdão proferido no Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 833704, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. No referido julgado, acolheu-se o pedido da defesa para a realização de novo interrogatório, possibilitando ao réu o exercício do direito ao silêncio seletivo.

No referido recurso, as instâncias inferiores negaram o direito ao silêncio seletivo com fulcro no art.188 do CPP como empecilho ao exercício do silêncio parcial. Assim sendo, destacaram os Ministros que “o fato de o juiz conduzir o interrogatório não significa que o réu está impossibilitado de responder apenas a algumas perguntas, em especial às da defesa, fazendo assim o silêncio seletivo”.

Tendo ressaltado que “quem pode o mais pode o menos”. Logo, se é possível não responder a nenhuma pergunta, é possível também responder apenas a algumas perguntas. Conforme ementa colacionada abaixo:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. SILÊNCIO SELETIVO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. O fato de o juiz conduzir o interrogatório não significa que o réu está impossibilitado de responder apenas a algumas perguntas, em especial às da defesa, fazendo uso assim do silêncio seletivo. De fato, é cediço que quem pode o mais pode o menos. Assim, se é possível não responder a nenhuma pergunta, é possível também responder apenas a algumas perguntas.*

*- Anote-se que o direito ao silêncio é consectário do princípio nemo tenetur se detegere, tratando-se, portanto, de garantia à não autoincriminação. Ademais, é assente que o interrogatório não é apenas meio de prova, mas especial instrumento de autodefesa, competindo, dessa forma, à defesa escolher a melhor estratégia defensiva.*

*2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no HC n. 833.704/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 14/8/2023.)*

Ressalta-se, neste contexto, que o direito ao silêncio, tanto integral quanto seletivo, encontra amparo no art. 8º, § 2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Tal dispositivo assegura a toda pessoa, em condições de plena igualdade, o direito de não ser compelida a depor contra si mesma ou a confessar culpa.

Segundo Nelson Hungria, “o silêncio é para o acusado um asilo em que não se pode penetrar pela violência”, razão pela qual mostra-se inadmissível a interpretação pejorativa a respeito da seletividade do silêncio pelo réu.

Ante a relevância do tema, cuja problematização visa contribuir para a garantia do direito fundamental individual do réu, como um desdobramento da não autoincriminação, no âmbito do processo penal, propõe-se o enunciado descrito.

# 5

**É POSSÍVEL A PARTICIPAÇÃO EM AUDIÊNCIA,  
POR VIDEOCONFERÊNCIA, DE RÉU FORAGIDO**

---

Giulia Muffato Salomão e  
Négis Monteiro Rodarte

O uso de tecnologias para a consecução de atos judiciais há tempos ganha espaço, assim como gera discussões acerca das implicações e relação com direitos fundamentais, que são especialmente caros em matéria criminal.

Em contexto pandêmico, a súbita necessidade de implementação de medidas de distanciamento fez com que a realidade jurídica e a forma de tutela de garantias fossem bruscamente alteradas, adotando-se meios virtuais em razão do regente distanciamento social.

Ocorre que as heranças em um contexto pós-pandêmico, quando já haviam sido implementadas as medidas e experimentada sua eficácia (ou não), rememoram antigos debates e também figuram como alternativas às problemáticas e controvérsias antigas, tais como: a garantia do direito de defesa de um acusado que não pode comparecer à audiência de instrução e julgamento, sob o risco de ser preso ao adentrar o prédio do fórum.

Ainda que os direitos do réu de acompanhar integralmente a audiência de Instrução e de falar ao fim do ato sejam reconhecidos e garantidos há tempos, a realidade forense apresentava situações especiais de obstaculização, como por exemplo:

- a) Quanto à **participação de réus foragidos em um contexto de audiências** exclusivamente presenciais;
- b) **Dever dos servidores de fazer cumprir a ordem judicial**, sob pena de prevaricação (art.319 do CP).

Neste ínterim, a drástica e desavisada alteração para um regime 100% online de audiências fez demonstrar não só a praticidade e eficácia do ato virtual, como também ampliou os horizontes sobre a forma de lidar com tal situação.

Entretanto, apesar de ser plenamente possível ao acusado a participação sem que coloque em risco a liberdade pessoal

própria, já que não é necessário identificar o paradeiro quando do acesso à sala virtual, por outro lado surgem debates sobre suposto “desprestígio à Justiça”, pelo fato de o indivíduo que dispõe de mandado de prisão em desfavor dele se apresentar em Juízo sem que possa se efetuar a prisão, o ato determinado por Autoridade judiciária.

De início, chama a atenção que se está diante de uma possibilidade de consecução do ato imprescindível que é o interrogatório, que conta com previsão legal art. 185 e seguintes do CPP, e consubstancia princípios constitucionais como o da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da CF/88).

Por outro lado, há o entendimento de que seria necessária a rendição do indivíduo para que pudesse comparecer em sede judicial, o que não encontra amparo em qualquer legislação.

**Quer dizer que não existe norma que determine a necessidade de que o réu se entregue para fazer jus a manifestar-se por último e ter acesso à produção probatória, o ordenamento pátrio não condiciona, de forma alguma, o interrogatório ou o acompanhamento da audiência pelo acusado a qualquer circunstância.**

Diante deste cenário legislativo, de inexistência de quaisquer requisitos legais para acesso do réu a tais garantias, não é lógico ou coerente que se restrinja a possibilidade de participação no ato por critérios e questões que não têm previsão legal ou apoio constitucional, sob pena de perder-se, até mesmo, o caráter vinculante da norma.

Lado outro, é indissociável a participação nos atos e o interrogatório de um acusado das garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório.

O contraditório é prestigiado em diversas frentes com o uso de videoconferência para que o acusado possa acompanhar

audiências, seja pela possibilidade de acessar todos os elementos que constam da Ação Penal, seja pela viabilização de poder influenciar no convencimento do julgador. Veja-se:

1. A possibilidade de “contraditar”, seja pela denúncia ou pela prova testemunhal, demanda o acesso ao teor do conteúdo para então proceder à confrontação da prova produzida ou não.

Implica dizer que, em juízo primário, a efetivação do contraditório demanda, primariamente, o acesso aos elementos, que, no contexto da presente, demanda a possibilidade do acusado de acessar a Instrução quando da audiência, por exemplo, ouvindo o depoimento de testemunhas.

2. Outra face do contraditório diz respeito à possibilidade do réu de *influenciar no convencimento e julgamento da demanda*.

Implica na oportunização de que a versão defensiva seja não só ouvida como considerada para a formação do convencimento do julgador, em “igualdade cognitiva”, que na hipótese de comparecimento virtual do réu foragido é latente, vez que conduz ao direito de audiência, de ser ouvido e apresentar versão dos fatos, mesmo de acusado que, sem o recurso, não compareceria em audiência pelo eminente risco de prisão, ou seja, amplia as hipóteses de incidência do contraditório.

Assim sendo, cabe o breve comentário de que, conforme leciona Fazzalari e pontua o Il. Doutrinador Aury Lopes Júnior:

*Processo trata-se de um procedimento em contraditório, de forma que a consecução demanda a efetiva incidência do “contradizer”, o que só faz demonstrar a imprescindibilidade de medidas que promovam o princípio constitucional.<sup>18</sup>*

---

18 JR., Aury L. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2024, p.46.

Com relação ao postulado da ampla defesa, dispõe a Constituição, no mesmo art. 5º, LV, sobre a garantia. De pronto, o direito de defesa apresenta-se em duas faces: *defesa técnica e defesa pessoal*.

No cenário de participação em audiência por meio remoto de réu foragido as duas faces denotam especial relevância considerando que, assim sendo, não basta à salvaguarda do direito de defesa a presença da Defesa técnica, é indispensável também a atuação do sujeito passivo junto à demanda, como prestando declarações quando do Interrogatório.

Dessa forma, considerando a defesa pessoal como parte da ampla defesa, como de fato o é, subsiste um *direito de presença* do acusado, um direito de comparecer ao ato, ainda que virtualmente.

Entretanto, vale o comentário de que, apesar do direito de defesa comportar a autodefesa negativa, a opção por se abster, não participar de atos, por exemplo, não é o caso em debate.

Isso porque a ausência do acusado em audiência não se trata de exercício do direito ao silêncio do art. 5º LXIII da CF/88, mas sim de impedimento da participação remota em razão da condição de foragido, não sendo uma escolha do réu, o que denota cenário completamente diverso do que propõe a presente discussão.

Neste ínterim, aliás, pontua-se que o direito de defesa tem clara relação com as opções defensivas estratégicas do acusado, que ele pode dispor de amplos meios, obviamente lícitos, para promover a defesa própria, como o uso estratégico do Interrogatório.

Como leciona Aury Lopes Júnior: “O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal”. Dessa forma, o interrogatório é regido pelos interesses defensivos, de forma que o meio de consecução, como a videoconferência, também estaria consoante ao interesse do requerido.

O entendimento acerca da possibilidade de uso do interrogatório como aprouver à Defesa é também referendado pelos Tribunais Superiores quando enfrentadas outras questões, como o silêncio parcial, quando, em julgamento, por exemplo, do HC nº 703978 / SC, a 6ª Turma do STJ reconheceu ser o ato meio de defesa de uso estratégico desta, anulando o procedimento diante de cerceamento.

Entretanto, para além disso, além de ser ato *da* Defesa, a oitiva do réu é ato *de* Defesa, de forma que, como exposto alhures, consubstancia o pilar constitucional da ampla defesa. Além de que o interrogatório é também de interesse do feito, sendo também meio de prova<sup>19</sup>, logo, de interesse do destinatário, o magistrado.

Por fim, considerando a direta e indissociável ligação que guarda a efetivação dos direitos fundamentais com a possibilidade de réu foragido acompanhar audiência de instrução e julgamento por videoconferência na atualidade, conforme exposto, destaca-se a doutrina de Aury Lopes Júnior, que pontua ser o processo penal: “instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”.

Nesse sentido também pontuou o eminente Ministro Edson Fachin no bojo do HC 215.106, que tratava da mesma temática e reconheceu a 2ª Turma do STF a possibilidade de acusado foragido participar do ato por meio remoto.

Acerca da argumentação e da viável participação do acusado em audiência por videoconferência, destacam-se os seguintes julgados em que a tese foi aceita, discutida e sustentada pelos Tribunais Superiores: HC 215.106 (STF); HC 751.644 (STJ); HC 859.550 (STJ); HC 227.671 (STF); HC 835.104 (STJ); HC 419.393 (STJ).

Ante a relevância do tema, cuja plena aplicação consubstancia direitos fundamentais, propõe-se o presente enunciado.

# 6

**DEVE SER ASSEGURADO O  
ACOMPANHAMENTO PELO RÉU DO  
DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA QUE SOLICITE  
SUA RETIRADA (ART.  
217 CPP), MESMO QUE POR  
VIDEOCONFERÊNCIA, COMO EXERCÍCIO  
DO DIREITO À AUTODEFESA**

---

Alessandra Margotti dos Santos Pereira e  
José de Assis Santiago Neto

A dinâmica processual do Código de Processo Penal brasileiro (CPP), no contexto de um Estado Democrático de Direito, suscita uma discussão profunda sobre a intersecção entre o direito da testemunha de solicitar a retirada do réu da sala de audiência durante seu testemunho, previsto no artigo 217 do CPP<sup>20</sup>, e o direito inalienável do réu à autodefesa. A autodefesa é um direito diretamente referente à ampla defesa, princípio fundamental de um processo penal democrático, pelo qual, para além de ser representado e defendido tecnicamente por advogado ou advogada, deve ser garantido à pessoa acusada o direito de defender-se a si mesmo<sup>21</sup>.

“A autodefesa pode ser renunciada pelo sujeito passivo, mas é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceder a oportunidade para que aquela seja exercida, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva”<sup>22</sup>.

Quando é permitido que se retire o réu da sala de audiência para que este não escute o depoimento de alguma testemunha a seu respeito, o direito à autodefesa é diretamente mitigado, vez que não lhe será possível ter conhecimento espontâneo, livre e imediato daquele depoimento, impedindo-lhe de formular perguntas e esclarecer pontos que possam ser essenciais à sua defesa. “Somente com a defesa verdadeiramente ampla, a função jurisdicional do Estado se realiza corretamente.”<sup>23</sup>

---

20 Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

21 Essa subdivisão é apresentada pelo professor e advogado Aury Lopes Jr. como defesa privada ou autodefesa, a empreendida pela pessoa acusada pessoalmente, e defesa pública ou técnica, a exercida profissionalmente pelo ou defensor ou pela defensora. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 2021, p. 148.

22 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. Op. Cit., p. 150.

23 JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal, estudos e pareceres*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 537.

O direito à autodefesa é universalmente reconhecido e enraizado em vários sistemas legais ao redor do mundo, incluindo o brasileiro, e é amplamente considerado componente essencial de um processo justo e equitativo. O Pacto de Direitos Civis e Políticos, interiorizado no ordenamento jurídico brasileiro, assegura, em seu art. 14, 3, alínea d<sup>24</sup>, o direito de o acusado estar presente no julgamento.

Também o Estatuto de Roma, que rege o Tribunal Penal Internacional, reforça este entendimento ao dispor em seu Artigo 63<sup>25</sup> que o “acusado estará presente durante o julgamento” e dele só se ausentará caso “perturbe persistentemente” seu andamento. E, mesmo nessa situação, será garantido que o acompanhe integralmente e que consiga passar instruções ao seu advogado ou advogada. O artigo 67 desse Estatuto afirma que o acusado tem o direito de estar presente na audiência e, lá estando, tem o direito de se defender pessoalmente e/ou por meio de um defensor escolhido, conforme melhor lhe aprouver<sup>26</sup>.

.....

*24 Artigo 14, nº 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo*

*25 Artigo 63. Presença do Acusado em Julgamento. 1. O acusado estará presente durante o julgamento. 2. Se o acusado, presente em tribunal, perturbar persistentemente a audiência, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá ordenar a sua remoção da sala e providenciar para que acompanhe o processo e dê instruções ao seu defensor a partir do exterior da mesma, utilizando, se necessário, meios técnicos de comunicação. Estas medidas só serão adotadas em circunstâncias excepcionais e pelo período estritamente necessário, após se terem esgotado outras possibilidades razoáveis. BRASIL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 18 abr. 2024.*

*26 Artigo 67, Direitos do Acusado, 1. Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade: [...] d) Salvo o disposto no parágrafo 2 o do*

O Pacto de Direitos Civis e Políticos fora promulgado no Brasil por meio do Decreto 592/1992. Já o Estatuto de Roma pelo Decreto 4.388/2002, e o art. 1º do seu preâmbulo destaca que *será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém*<sup>27</sup>.

Ao promulgá-los, o país passou a integrar as disposições desse tratado internacional ao ordenamento jurídico brasileiro formalmente, em conformidade com o artigo 5º, §§ 2º e 5º da Constituição Federal (CF/88)<sup>28</sup>. Fazendo parte destes estatutos, o Brasil se compromete a seguir os princípios e disposições ali contidos, o que pode incluir a garantia de direitos que estão alinhados ou são adicionais aos já garantidos pela Constituição Federal.

Os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 466.343-SP e do HC 87.585-TO, possuem hierarquia de norma supralegal e infraconstitucional<sup>29</sup>. Assim,

---

*artigo 63, o acusado terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha; se não o tiver, a ser informado do direito de o tribunal lhe nomear um defensor sempre que o interesse da justiça o exija, sendo tal assistência gratuita se o acusado carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado; [...] BRASIL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Op. Cit.*

*27 Art. 1º O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. BRASIL, Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Op. Cit.*

*28 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...] § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.*

*29 "Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento*

entende-se que os Tratados e Convenções que versarem sobre Direitos Humanos, do quais o Brasil seja signatário, terão força normativa superior a lei, limitando-se somente à Constituição, o que se faz concluir, por decorrência lógica, que servirão como condão direcionador para a correta hermenêutica normativa.

A aplicação e reconhecimento da obrigatoriedade da presença do acusado em todos os atos de seu julgamento, como expressão do direito à autodefesa no contexto brasileiro, além de estar em conformidade com a Constituição Federal e com importante norma internacional, reforça o compromisso do Brasil com os direitos humanos e a justiça penal democrática. O direito de presença do acusado na sala de audiências é um dos principais consectários do direito à ampla defesa e ao contraditório, estando devidamente positivado no art. 5º, inciso LV, da CF/88.

O Brasil, sendo Estado parte do Estatuto de Roma, engaja-se ativamente nas discussões sobre a implementação do Estatuto e a internalização de seu conteúdo dentro do sistema brasileiro, sendo o instituto complementar à jurisdição nacional<sup>30</sup>. A adesão demonstra compromisso por parte do país com a observância e promoção da justiça e dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, considerados fundamentais

---

*de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.” (RE 466.343-SP. Pág. 49. Min. Cezar Peluzo). Da mesma forma, o julgado: “Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria Constituição da República, poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se se lhes conferir, como preconiza, em seu douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, caráter de “supralegalidade”, ou, então, com muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional.” (HC 87.585-TO. Pág. 31. Min. Marco Aurélio).*

30 Nesse sentido, cf. REIS JÚNIOR, Sebastião. *Algumas Notas Sobre o Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional (TPI)*. Publicações Institucionais do Superior Tribunal de Justiça. Artigo publicado na obra comemorativa dos 25 anos de instalação do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1122/1056>. Acesso em: 17 abr. 2024.

para a manutenção da paz e segurança internacional.<sup>31</sup>

Nesse sentido, considerando o direito à autodefesa como expressão de garantia da própria ampla defesa, um preceito basilar do processo penal democrático e direito inalienável do acusado, sua retirada da sala de audiência durante o depoimento de testemunhas, como dispõe o artigo 217 do CPP, deve ser uma medida excepcional e altamente justificada.

Para tal, foi previsto em lei, de modo excepcional, o uso da videoconferência como alternativa à retirada do acusado da sala de audiências, inexistindo qualquer previsão legal para a completa retirada do acusado. A prática está em conformidade com a legislação brasileira e com resoluções do Conselho Nacional de Justiça, e tendem cada vez a se popularizar mais, com a ampla digitalização do judiciário. Mesmo na adoção do interrogatório do réu por essa forma, ainda será indispensável assegurar ao acusado o direito de acompanhar a audiência, nos termos do art. 185, §4º, do Código de Processo Penal.

Em situações em que a retirada do réu se faça necessária para a proteção da testemunha, física ou psicologicamente, a decisão que determina sua retirada deve ser concretamente fundamentada, não bastando, pois, o mero incômodo da suposta vítima para ser determinada. É preciso que a decisão se baseie em elementos concretos do comportamento do acusado. Caso contrário, restará configurado prejuízo à defesa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, pois evidente que a retirada do réu da sala de audiências o impedirá de auxiliar a defesa técnica na arguição da vítima, sendo certo o cerceamento de defesa.

---

31 Nesse sentido, cf.: CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: Funag, 2012. SILVA, Pablo Rodrigo Alfken da. *A implementação do estatuto de Roma no âmbito interno brasileiro ante as recentes movimentações no Tribunal Penal Internacional*. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 379-398, jul./dez., 2009.

Nesse sentido, Badaró, Toron e Gomes Filho, ao comentarem o referido artigo 217 do CPP, concordam que:

*Na sua aplicação prática, o texto em exame acabava por autorizar restrições ainda mais gravosas, pois era frequente a retirada automática do acusado ou mediante simples manifestação de temor da testemunha, antes mesmo de iniciado o depoimento e da ocorrência de qualquer atitude por parte do réu.*

*Daíporque, na ótica das garantias processuais, exige-se uma avaliação mais criteriosa da providência, além do que, com o emprego da videoconferência, o acusado não ficará impossibilitado de acompanhar o depoimento e de indicar ao defensor eventuais perguntas que possam ser feitas à testemunha. É muito importante, na produção da prova testemunhal, que o contato entre o acusado e o advogado seja efetivo, pois, em geral, é o primeiro que tem melhor conhecimento das circunstâncias de fato que devem ser esclarecidas.*

*Uma dúvida poderá surgir a respeito do procedimento a ser seguido na produção da prova: ficará a testemunha em sala separada, comunicando-se com o juiz e as partes por videoconferência ou, ao contrário, será o acusado levado a outra dependência para acompanhar o depoimento?*

*Diante da redação do texto legal, parece que deve ocorrer a primeira alternativa, pois a lei diz claramente que “somete na impossibilidade dessa forma (a videoconferência), determinará a retirada do réu. Assim, juiz e partes devem permanecer na sala de audiência, enquanto que a testemunha*

*prestará depoimento em sala separada, com comunicação pelo sistema de videoconferência.*<sup>32</sup>

Na mesma linha, asseverou o Min. Celso de Mello, no julgamento do HC 98.676/2012, que “[o] acusado tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório.”

Em um Estado Democrático de Direito, deve-se assegurar que o exercício do direito de defesa do e pelo réu seja pleno, e isso não implica em necessário prejuízo para a segurança ou a integridade psicológica de testemunhas.

Por conclusão, então: a exclusão do réu da sala de audiências viola o direito de presença do acusado em todos os atos do processo. É dever do Estado assegurar o direito de participação do acusado nos atos processuais, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa. A decisão que determina o afastamento do réu da sala de audiências deve ser concretamente fundamentada, não bastando a alegação de temor de testemunhas ou vítimas. É obrigação do órgão jurisdicional assegurar que o réu possa acompanhar os atos processuais por videoconferência bem como que tenha total e irrestrito contato com seu advogado.

---

<sup>32</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. TORON, Alberto Zacharias. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de Processo Penal comentado*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 550.

# 7

**É PROIBIDA A NEGATIVA POR PARTE DAS  
AUTORIDADES ESTATAIS NA FORMALIZAÇÃO  
OU APRESENTAÇÃO/JUNTADA DA  
INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COM FUNDAMENTO  
NA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL**

---

Neliane Aparecida de Sousa Rodrigues

Para exercer sua atividade com plena eficácia, o advogado deve atuar rodeando-se de garantias que lhe permitam atuação independente e autônoma em relação ao juiz, promotor e autoridades policiais. É o que preconiza o art. 133 da Constituição brasileira, que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

A Lei 13.245/2016 alterou o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) e inseriu dispositivos que visam justamente certas garantias ao pleno exercício da advocacia vinculadas à atuação do Advogado na fase preliminar.

Dessa forma, a própria legislação inseriu no art. 7º da Lei 8906/94, disposição caracterizada como a garantia da atuação plena do advogado em atos voltados à fase de investigação.

Nessa premissa inicia-se a explanação acerca da chamada Investigação Defensiva, pela qual o defensor tem a discricionariedade de realizar atos próprios de investigação em favor de seu constituinte, podendo, à sua escolha, utilizá-los ou não no decorrer do procedimento que tal cliente esteja demandando.

Aury Lopes Junior parte do ponto que “existe direito de defesa e contraditório (ainda que esse tenha limitações) na investigação preliminar”. Afirma que “é preciso superar a reducionista concepção de que o inquérito policial é apenas um procedimento administrativo, pré-processual e inquisitório, ou ainda que não existem nulidades no inquérito policial”<sup>33</sup>.

Atualmente a investigação defensiva está regulamentada no Provimento nº 188/2018 do Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, que define o instituto como

---

33 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 214

*complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando a obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de sua constituínte.<sup>34</sup>*

Trata-se de uma autorização expressa para que o advogado possa obter elementos probatórios que não estejam sujeitos a reserva de jurisdição, destinados a reforçar as teses defensivas. A Investigação Defensiva tem basicamente três funções: permitir e proteger a investigação realizada pelo defensor, garantindo automaticamente as prerrogativas do advogado; fortalecer a defesa prévia ao recebimento da denúncia, tendo em vista que serão produzidos elementos para possível rejeição da denúncia de forma mais paritária; além de garantir a paridade de armas, a qual visa minorar o desequilíbrio entre acusação e defesa, evitando que se tenha uma versão unilateralmente construída.

A realidade prática, tida nas investigações realizadas sem o acompanhamento do advogado, é a disparidade de armas entre acusação e defesa, não só pela estrutura e cultura inquisitória do processo penal brasileiro, mas também porque, além da polícia, pode o Ministério Público investigar diretamente.

A Investigação Defensiva é uma atividade privada do interesse do acusado, sendo completamente distinta da atuação policial, que está a cargo de um órgão do Estado e que não pode agir unilateralmente no interesse da futura acusação. A defesa, por sua vez, pode, pois atua no interesse do investigado/acusado.

---

<sup>34</sup> OAB Nacional. Provimento nº 188/2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>

Portanto, respeitando a legalidade e a reserva de jurisdição, pode utilizar ou não os elementos probatórios que vier a obter.

Não existe um dever de “*full disclosure*”, o qual se atribui somente ao acusador público, que tem o dever de transparência e de abrir toda informação que vier a obter na investigação, ainda que não tenha utilizado para sustentar a denúncia.

O Estado tem o dever de franquear à defesa todos os elementos investigatórios que obteve, não podendo filtrar ou escolher, a não ser que fundamente o sigilo das investigações. Dessa forma, não podem as autoridades estatais impedir os advogados de informarem, anexarem ou juntarem qualquer ato de investigação defensiva aos autos, sob pena de cerceamento de defesa.

Autoridade policial não pode fundamentar tal indeferimento em uma suposta ausência de previsão legal para a Investigação Defensiva. Todavia, a regulamentação da investigação defensiva visa proteger as prerrogativas e a própria figura do advogado, evitando a criminalização da atividade investigatória legitimamente produzida.

Nesse sentido, estabelece o art. 7º do Provimento 188/2018 do CFOAB, que “as atividades descritas neste provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades”.

Para tanto, não poderá o advogado ser punido ou censurado pelo exercício da investigação defensiva regularmente e lícitamente realizada.

Não se pode aceitar também argumento de que o advogado teria feito contato com a testemunha antes que a mesma fosse ouvida, com finalidade de ter conhecimento do que sabe a mesma acerca dos fatos. Tal conduta é usada como tentativa de impedir a atuação do advogado na investigação defensiva.

Todavia, não há absolutamente nenhum impedimento ou ilicitude na conduta, tendo em vista que pode sim o advogado fazer contato com testemunhas, inclusive podendo colher seu depoimento para posterior utilização (havendo concordância da testemunha em questão). O que estaria errado, e fugindo aos limites legais, seria o advogado coagir, ameaçar ou induzir a testemunha a mentir.

Dessa forma, não se pode confundir o exercício do direito da defesa (seja ele pessoal ou técnico, positivo ou negativo) com o ato de “embaraçar a investigação”, o que importaria em depreciação da advocacia criminal e da investigação defensiva. Ao se criar o Provimento nº 188/2018, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil estabeleceu conceitos, balizas e parâmetros para a advocacia exercer sua função investigativa, vez que não se encontra proibida em qualquer norma brasileira e como dito acima, decorre da ampla defesa e contraditório previstos no art. 5º LV da CF.

Através do poder disposto pelo art. 54, V da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), disciplinou-se o instituto da investigação defensiva (Provimento 188/2018) a qual tem o papel de ferramenta para garantia dos direitos do cidadão e do próprio advogado, não sendo o intuito retirar a competência natural da polícia judiciária, mas sim garantir o direito daquele que quer se defender provando.

Ante a relevância do tema, cuja problematização visa contribuir com a consolidação de mínimos parâmetros epistêmicos do controle jurisdicional e efetivação do processo penal, propõe-se o presente enunciado.

# 8

**É INVALIDA A UTILIZAÇÃO, PARA FINS DE  
CONDENAÇÃO CRIMINAL, DE PROVA OBTIDA  
POR MEIO DE PESCARIA PROBATÓRIA  
(FISHING EXPEDITION**

---

Alneir Fernando Santos Maia e  
Fabiele Juliane Cassia da Silva

O termo “*fishing expedition*”, conhecido como “pescaria probatória” refere-se à tentativa de obter informações ou evidências de maneira indiscriminada, sem uma base razoável para suspeitar que um crime foi cometido ou que determinada pessoa está envolvida, é uma prática proibida pelo ordenamento jurídico.

A prática policial do “*fishing expedition*” é utilizada como forma de se aproveitar de situações e espaços de exercício de poder e atuação, para violar as garantias constitucionais, como o direito à intimidade, vida privada e presunção de inocência.

Na doutrina o professor Alexandre Morais da Rosa afirma “*fishing expedition*” ou pescaria probatória “é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem causa provável, alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém”.

A ausência de elementos mínimos de indícios de prática delitiva antes da condução ativa de medidas de intervenção, como exemplo, mandados de busca e apreensão, pode configurar o uso abusivo de autoridade, sem lastro mínimo que indique a necessidade de tais medidas, bem como sem qualquer apontamento de objeto, pessoa ou delito a ser investigado.

A autoridade policial deve definir um alvo antes da postulação de autorização judicial para a prática de medidas coercitivas.

A autorização do magistrado conforme dispõe no art. 315, §2º do CPP, estabelece que deve ser motivada, ou seja, quando o poder judiciário autoriza a autoridade policial a realizar uma busca pessoal e/ou domiciliar, é necessário um alvo definido.

Tais medidas são consideradas invasivas e que restringem sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência, conforme se

extrai do art. 248 do CPP, segundo o qual: “Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência”.

Esse termo “*fishing expedition*” é frequentemente usado para descrever uma tentativa de coletar informações, geralmente através de um questionamento a autoridade policial tem meramente um interesse especulativo, extensivo, na esperança de descobrir “algo” totalmente irrelevante, onde sequer tem uma motivação, ou foi autorizada.

É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo poder judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito.

O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo, vinculado à justa causa, para qual excepcionalmente se restringiu o direito à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas (...) Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (*fishing expedition*), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade” (HC 663.055/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, Dje de 31/03/2022).

Se não há, no momento da abordagem ou qualquer outra investida policial, nenhum indicativo de que o agente esteja praticando qualquer conduta ilícita criminal, a obtenção de eventual prova de crime ou de materialidade delitiva é inválida nessas situações.

O encontro de provas através de busca aleatória ou fortuita, sem fundada suspeita, torna a sua utilização imprópria para fins de condenação criminal.

Se o agente não está em nenhuma atitude suspeita e a conduta dos policiais de realizar busca pessoal ou em veículo, sem a existência de mandado judicial, redundará em uma verdadeira “pescaria probatória” (*fishing expedition*).

Essa situação, atualmente, é repelida pelo c. STJ, que reconhece a imprestabilidade da prova decorrente de “pescaria”, mesmo que haja a apreensão de objetos e substância ilícitas.

Este entendimento foi esposado no recente julgamento unânime do RHC nº 158580/BA (datado de 19 de abril de 2022), ementado da seguinte maneira:

*RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE “ATITUDE SUSPEITA”. INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.*

*1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.*

*2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à “posse de arma proibida ou de objetos ou papéis*

*que constituam corpo de delito”. Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como “rotina” ou “praxe” do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.*

*3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de “fundada suspeita” exigido pelo art. 244 do CPP.*

*4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento “fundada suspeita de posse de corpo de delito” seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis*

*que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. (...)*

Para finalizar, devem ser observados os importantes acréscimos doutrinários trazidos por Alexandre Morais da Rosa<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> ROSA, Alexandre de Morais da. *A prática de fishing expedition no processo penal*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal/>. Acesso em: 06 jun. 2024.

# 9

## **A APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 396 E 396-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO PROCESSO PENAL MILITAR NÃO ALTERA O MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS DA DEFESA**

---

Talita Quézia de Assis e  
Paulo Henrique Souza Ribeiro

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no bojo do RHC 142.608/SP, que, a partir da publicação da ata do respectivo julgamento, os arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal (CPP) devem ser aplicados aos processos penais militares cuja instrução não tenha iniciado.

Essa decisão foi tomada devido à constatação de que o Código de Processo Penal Militar (CPPM) não prevê a possibilidade de o acusado se manifestar nos autos antes do início da instrução probatória. Tal lacuna impede que o acusado possa apresentar, em fase preliminar, argumentos relativos ao julgamento do mérito, tais como a existência de causa excludente da ilicitude do fato, causa excludente da culpabilidade e da punibilidade do agente.

O CPPM prevê apenas a possibilidade de o acusado apresentar, preliminarmente, as exceções de suspeição, incompetência, litispendência ou coisa julgada (art. 407 do CPPM). Não há, portanto, previsão sobre a possibilidade de absolvição sumária do acusado.

Assim, com o escopo de se conferir maior efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o STF entendeu pela aplicação dos arts. 396 e 396-A do CPP aos processos penais de competência da Justiça Militar:

*O escopo de se conferir maior efetividade aos preceitos constitucionais da Constituição, notadamente os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), cabe ser invocado como justificativa para a aplicação dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal ao processo penal militar (...)<sup>36</sup>.*

*Ora, a resposta à acusação permitirá que o acusado*

---

36 Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 142.608/SP

*convença o magistrado da existência de uma das causas de absolvição sumária previstas no art. 397 do diploma processual. Ademais, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, o acusado poderá arguir preliminares, juntar documentos e apontar testemunhas a serem ouvidas, tudo de modo a evitar a continuidade de eventual ação penal temerária, a qual representaria verdadeira violação ao princípio constitucional do devido processo legal, extremamente caro ao Estado de direito*<sup>37</sup>.

Importante lembrar que o STF se utilizou das mesmas premissas teóricas (*conferir maior efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*) quando, no âmbito do julgamento do HC 127.900, determinou que o interrogatório do acusado acontecesse ao final da instrução criminal, aplicando o disposto no art. 400 do CPP, alterado pela Lei n. 11.719/2008, em detrimento do disposto no art. 302 do CPPM, que previa o interrogatório como primeiro ato da instrução processual.

Desta forma, ao determinar a aplicação dos arts. 396 e 396-A do CPP aos processos penais militares para efetivar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o STF, por conclusão lógica, não eliminou do CPPM os dispositivos que contemplam e efetivam as referidas garantias constitucionais.

Nesse contexto, o disposto no art. 417, § 2º, do CPPM<sup>38</sup> permanece vigente, vez que, assim como o instituto da resposta à acusação no processo penal comum, efetiva as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa dentro do sistema acusatório,

37 Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 142.608/SP

38 Art. 417, § 2º, CPPM - As testemunhas de defesa poderão ser indicadas em qualquer fase da instrução criminal, desde que não seja excedido o prazo de cinco dias, após a inquirição da última testemunha de acusação. Cada acusado poderá indicar até três testemunhas, podendo ainda requerer sejam ouvidas testemunhas referidas ou informantes, nos termos do § 3º.

assegurando ao acusado o direito de apresentar seu rol de testemunhas somente após a conclusão da fase probatória pelo órgão acusador<sup>39</sup>.

Ou seja, o CPPM garante ao acusado o direito de indicar o rol de testemunhas somente após ter acesso ao conjunto completo de provas que pesam contra si, incluindo as provas testemunhais apresentadas pela acusação. Portanto, a não observância do art. 417, § 2º, do CPPM, especificamente a apresentação do rol de testemunhas da defesa no momento da resposta à acusação (antes de concluída a instrução probatória por parte da acusação), resultaria em um prejuízo significativo à defesa do acusado. Isso porque, retiraria do acusado a possibilidade de indicar testemunhas que possam impugnar a prova acusatória coligida em seu desfavor (contraditório), e de, no exercício do direito de audiência (ampla defesa), influir na formação do convencimento do julgador.

Importante consignar que a aplicação dos arts. 396 e 396-A do CPP respeitando o momento de indicação das testemunhas da defesa previsto no art. 417, §2º do CPPM não configura mesclagem ou hibridismo (*tertium genus*) entre os procedimentos estabelecidos pelo CPP e pelo CPPM, o que seria incompatível com o princípio da reserva legal. Isso porque, a decisão proferida no bojo do RHC nº 142.608/SP visa integrar de maneira mais harmoniosa o CPPM aos preceitos constitucionais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, assegurando maior efetividade ao contraditório e à ampla defesa:

*[...] Em detrimento do princípio da especialidade, o Supremo Tribunal Federal tem assentado a prevalência das normas contidas no CPP em feitos*

---

39 CARVALHO, Esdras dos Santos. *O Direito Processual Penal Militar Numa Visão Garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

*criminais de sua competência originária, os quais, como se sabe, são regidos pela Lei nº 8.038/90.<sup>40</sup>*

Assim, a aplicação dos dispositivos da Lei nº 11.719/2008 no âmbito do processo penal militar se alinha ao sistema acusatório democrático, sendo uma norma mais benéfica (*lex mitior*) e apta a concretizar as garantias constitucionais.

O artigo 417, § 2º, CPPM permanece em vigor e sua aplicação tem sido garantida no âmbito do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, conforme precedente firmado pela 2ª Câmara, no julgamento da Correição Parcial nº 2000210-53.2024.9.13.0002, que foi movida pelo Ministério Público buscando a supressão da referida norma processual.

A prevalência da garantia processual é devidamente elucidada no voto do relator, Desembargador Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha, que asseverou.

*“A aplicação de tal instituto na Justiça Militar, como decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), não estabelece qualquer incompatibilidade com a previsão do art. 417, § 2º, do CPPM. A finalidade dos dispositivos é diversa.*

*A previsão de que “as testemunhas de defesa poderão ser indicadas em qualquer fase da instrução criminal, desde que não seja excedido o prazo de cinco dias, após a inquirição da última testemunha de acusação” permite que a defesa indique suas testemunhas somente após conhecer todas as provas que foram constituídas em seu desfavor. Impor que a defesa indique suas testemunhas antes que conheça o que dirão as testemunhas de*

*acusação é impor que a defesa faça uma aposta sobre evento futuro.*

*Certamente, a disposição do § 2º do art. 417 do CPPM se concilia com mais propriedade com a garantia fundamental da ampla defesa e do contraditório.*

*Justamente por sua conciliação com as garantias fundamentais, a possibilidade de escolher as testemunhas mais adequadas à defesa após conhecer a prova constituída pela acusação é medida que deveria ser aplicada nos processos de conhecimento da Justiça comum. Afinal, o direito de escolher as melhores testemunhas também deve ser reconhecido aos acusados da Justiça comum.*

*Neste cenário, podemos concluir que a possibilidade de julgar antecipadamente os processos criminais de conhecimento que não demandem instrução probatória se concilia plenamente com o direito da defesa de escolher as melhores testemunhas disponíveis para contrariar a acusação que lhe é dirigida.*

*Não havendo contradição entre as finalidades que justificam os dispositivos legais contrapostos, não há que se falar em revogação tácita. Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942), a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*

*No caso em exame, a Lei nº 11.719, de 2008,*

*que deu nova redação ao art. 396 do CPP, não revogou expressamente o § 2º do art. 417 do CPPM; os referidos dispositivos não apresentam incompatibilidade; e a disposição do CPP não regula inteiramente a matéria relativa ao momento de apresentação de testemunhas. Há disposição especial no CPPM sobre a questão.*

*Também cabe registrar que a revogação tácita do disposto no §2º do art. 417 do CPPM implica retrocesso social que não pode ser admitido em um estado democrático de direito.”*

Desta forma, a norma prevista no artigo Art. 417, § 2º, CPPM, é um instrumento de efetivação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e deve ser aplicada em todas as ações penais regidas pelo processo penal castrense.

**Nota:** Os autores ressaltam a importância de que os advogados(as) estejam atentos(as) ao aplicarem este enunciado, uma vez que a discussão sobre a manutenção do art. 417, §2º do CPPM ainda não foi objeto de julgamento pelos Tribunais Superiores. Assim, é possível que haja debates sobre a preclusão do direito de apresentar o rol de testemunhas, caso o rol não seja apresentado junto à Resposta à Acusação, nos termos dos artigos 396 e 396-A do CPP.

Como alternativa, o(a) advogado(a) pode apresentar o rol de testemunhas e, simultaneamente, requerer ao Juízo a abertura do prazo previsto no artigo 417, §2º do CPPM, permitindo-lhe revisar e, se necessário, alterar o rol em momento oportuno (na fase do art. 417, §2º do CPPM). Caso esse direito não seja reconhecido, é fundamental recorrer aos meios cabíveis para garantir o pleno direito de defesa.

# 10

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE QUE SEJAM FORMULADAS PERGUNTAS EM BLOCO NA AUDIÊNCIA DE ESCUTA ESPECIALIZADA DE VÍTIMAS E TESTEMUNHAS MENORES DE IDADE VIOLA A AMPLA DEFESA DO ACUSADO**

---

José de Assis Santiago Neto

A exigência de que as perguntas das partes sejam realizadas em blocos, sem a possibilidade da realização de novas perguntas decorrentes das respostas dadas, na forma do art. 12, IV, da Lei 13.431/2017 viola a ampla defesa que deve permear o processo penal.

A exigência legal de formulação de perguntas em bloco, na forma do citado inciso, viola o direito de defesa dos acusados, cerceando a amplitude de defesa na forma do art. 5º, LV, da Constituição, bem como ao 8º, 2, “f”, do Pacto de São José da Costa Rica (decreto 678/1992) e art. 14, 3, “b” e “e” do Tratado Interamericano de Direitos Civis e Políticos, sendo, portanto, inconstitucional e inconvenional.

A ampla defesa é garantia constitucional e decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, sendo que a regra não encontra amparo nos tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil e que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 466.343-SP e do HC 87.585-TO – possuem hierarquia de norma supralegal e infraconstitucional, como depreende-se a seguir:

*Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.” (RE 466.343-SP. Pág. 49. Minis. Cezar Peluzo).*

*Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, proporcionado, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, pela própria*

*Constituição da República, poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, ainda mais se se lhes conferir, como preconiza, em seu douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, caráter de “supralegalidade”, ou, então, com muito maior razão, se se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional.” (HC 87.585-TO. Pág. 31. Minis. Marco Aurélio)*

Nesse sentido, Ada Grinover ensina:

*Ele [o procedimento] toma hoje um destaque diferente. Porque essa veste aparentemente forma de rito não é só isso. Luhmann diz que processo se legitima pelo procedimento **porque esse procedimento deve ser aparado por Garantias Constitucionais.** Contraditório, ampla defesa, motivação, publicidade. Em primeiro lugar esse procedimento tem que ser legitimado pelas garantias constitucionais. (...) Pela Constituição e pelas leis nacionais ou não, diz que tem que haver contraditório pleno no procedimento administrativo que faz dele virar procedimento. E todas as garantias constitucionais se aplicam ao procedimento administrativo.(...) Processo muda de roupagem para passar para procedimento em contraditório, o procedimento se levanta para instrumento para se chegar a solução do conflito.*<sup>41</sup>

Desse modo, entende-se que os Tratados e Convenções que versarem sobre Direitos Humanos, no qual o Brasil seja

---

<sup>41</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, n. 18, v. 1, 2005, jan-jul, p. 15-17

signatário, terão força normativa superior a lei, limitando-se somente a constituição, o que se faz concluir, por decorrência lógica, que servirão como condão direcionador para a correta hermenêutica normativa.

Com isso em mente, a Declaração Universal de Direitos Humanos se tornou um marco temporal extremamente importante para o direito como um todo, trazendo limitações ao *ius puniendi* estatal ao valorizar a dignidade da pessoa humana e utilizá-la como requisito imprescindível para se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária.

Vale afirmar que a falta da possibilidade de exercer indagações impede que a defesa formule novas perguntas em razão de dúvidas surgidas pelas respostas dadas pelas testemunhas ou vítimas, limitando, portanto, a busca pela concepção da realidade dos fatos através do embate de narrativas, fator determinante para se alcançar os objetivos da DUDH e da CRFB/88, no que pese a sociedade livre e justa.

Assim, ao se aplicar o art. 12, IV, da Lei 13.431/2017, a defesa técnica fica impedida de formular novos questionamentos à vítima ou a testemunhas, cerceando o direito de defesa do acusado, ensejando nulidade processual.

Diante do exposto, deve-se, por respeito aos tratados universais, à Carta Magna brasileira, à dignidade da pessoa humana e a idoneidade do processo penal, apontar a inconstitucionalidade incidental do art. 12, IV, da Lei 13.431/2017 por violação do art. 5º, LV, da Constituição, bem como a inconveniência do mesmo dispositivo, por violação ao 8º, 2, “f”, do Pacto de São José da Costa Rica (decreto 678/1992) e art. 14, 3, “b” e “e” do Tratado Interamericano de Direitos Cíveis e Políticos. Pelo que se sugere o presente enunciado.

# 11

**É PROIBIDO O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUANDO EVIDENTE A QUEBRA DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA DO MAGISTRADO POR COMPORTAMENTO ANIMOSO OU DE INIMIZADE COM O ADVOGADO OU ADVOGADA REPRESENTANTE**

---

Neliane Aparecida de Sousa Rodrigues

Muito se fala da imprescindibilidade do instituto da imparcialidade do magistrado nas demandas criminais para a concretização da jurisdição penal.

Para a garantia da jurisdicionalidade, é necessário mais do que “ter um juiz”. É imprescindível que ele seja imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia com o disposto na Constituição Federal.

O magistrado não pode ter lado. A imparcialidade do órgão julgador é um princípio supremo do processo penal, sem o qual não existe a efetivação de justiça.

Aponta Francesco Carnelutti que “*el juicio es um mecanismo delicado como um aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido*”<sup>42</sup>. Dessa forma, a quebra a imparcialidade do julgador resulta no total desequilíbrio na efetiva jurisdicionalidade. A imparcialidade corresponde exatamente a uma posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio da figura do juiz, no qual atua como alheio aos interesses das partes da causa, significando que ele está para além das partes e não acima delas.

A imparcialidade objetiva se embasa na aparência de imparcialidade do juiz, ou seja, quando este não teve sua percepção de imparcialidade comprometida ou tomada como questionável perante a sociedade e às instituições. Assim, discorre Lopes Jr.:

*[...] Desde o caso Piersack, de 1982, entende-se que a **subjetiva** alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto*

---

42 CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueiro Alfonso. México, Episa, 1997, p. 342.

*e, deste modo, a sua falta de pré-juízos.*

*Já a imparcialidade **objetiva** diz respeito a se tal juiz se encontra em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade).<sup>43</sup>*

A atual redação do art. 254 do Código de Processo Penal tem como rol para arguição de suspeição do magistrado os seguintes fatores: quando for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles (partes); quando o juiz, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; quando o magistrado, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; quando houver aconselhado qualquer das partes; quando for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; ou quando for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Vê-se que não há disposição no dispositivo relativo à postura ou comportamento do magistrado relativo ao advogado, apenas às partes. Nesse caso, deve-se procurar demonstrar eventual quebra da imparcialidade objetiva por meio da situação comportamental do magistrado, o que irá fundamentar a arguição de suspeição de tal julgador.

---

<sup>43</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*.

A discussão gira em torno da dúvida sobre o rol do art. 254 do CPP, se seria taxativo ou exemplificativo, sendo que, no primeiro caso, excluiria a possibilidade de se arguir a suspeição do magistrado por quebra da parcialidade ante animosidade, indisposição ou inimizade com o advogado representante.

Todavia, tendo em vista o princípio supremo da imparcialidade do juiz, a mais grave causa de suspeição é exatamente aquela que decorre da parcialidade do julgador, seja ela na dimensão subjetiva, objetiva ou estética.

Neste mesmo sentido, ainda que com eventuais oscilações, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se manifestado pela ausência de taxatividade no art. 254 e a possibilidade de ser arguida, na exceção de suspeição, a quebra da imparcialidade judicial (ARE 1180479, de relatoria do Ministro Marco Aurélio e HC 164999 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) orienta-se no sentido de que o rol das suspeições previstas no artigo 254 do CPP é exemplificativo, sendo, assim, imprescindível, para o reconhecimento da suspeição do magistrado, não a adequação perfeita da realidade a uma das proposições do referido dispositivo legal, mas, sim, a constatação do efetivo comprometimento do julgador com a causa (REsp 1921761 / RS, julgamento 28/02/2023).

As hipóteses de suspeição do Magistrado preconizadas no art. 254 do Código de Processo Penal, pode-se defender, constituem rol meramente exemplificativo, de modo a ser possível cogitar a declaração de suspeição, ainda que calcada em hipótese diversa daquelas previstas na norma processual, pela quebra da imparcialidade, desde que o excipiente logre demonstrar, com elementos concretos e objetivos, o comportamento do juiz na condução do processo.

De qualquer forma, quando se denota comportamento do

magistrado em relação ao advogado que representa alguma das partes de forma a justificar a quebra da imparcialidade e, com isso, o prejuízo à causa, deve-se utilizar tal argumento amarrado à clara demonstração da quebra da imparcialidade para fundamento da exceção de suspeição, nos termos do art. 254 do CPP.

Ante a relevância do tema, cuja problematização visa contribuir com a consolidação de mínimos parâmetros epistêmicos do controle jurisdicional e efetivação do processo penal, propõe-se o enunciado.

# 12

**É POSSÍVEL A APLICAÇÃO RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS PROCESSOS QUE JÁ TINHAM DENÚNCIA RECEBIDA QUANDO DA ENTRADA EM VIGOR DO ART. 28-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

---

André Junqueira Mafra Lott e  
Emanuel Victor Utsch Leite

É cediço que a Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida como pacote anticrime, trouxe relevantes inovações a alguns institutos jurídicos do processo penal. Dentre essas inovações, foi positivado, no art. 28-A, do Código de Processo Penal, o Acordo de Não Persecução Penal, como alternativa de implementação da justiça negocial no procedimento processual penal.

O aludido instituto surgiu como uma norma despenalizadora que busca a resolução do conflito penal administrativamente, guiada pelo princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Dessa forma, o Estado tem margem para aprimorar sua política criminal e delimitar sua prioridade, utilizando o jus puniendi tão somente naqueles casos de efetiva ofensa grave aos bens jurídicos penalmente tutelados.

Desde sua implementação, diversos são os questionamentos realizados, mormente em relação à aplicabilidade, no tempo, da norma referente ao Acordo de Não Persecução Penal.

Isto porque, apesar de ser uma norma inserida no contexto processual, o ANPP produz efeitos evidentemente materiais, principalmente porque prevê, em seu §13º, que “cumprido integralmente o Acordo de Não Persecução Penal, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade”.

Nos dizeres de Aury Lopes Júnior,

*[q]uanto à aplicação no tempo, trata-se de norma mais benigna que deverá retroagir. Como explicamos no início dessa obra, ao tratar da lei processual no tempo (para onde remetemos o leitor), na concepção clássica, essa seria uma norma mista, com prevalentes caracteres penais (pois uma vez cumprido, extingue a punibilidade) que retroagem para beneficiar o réu. Portanto,*

*pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado.*<sup>44</sup>

E não há que se falar em impossibilidade da retroatividade em função do alegado ato jurídico perfeito com o recebimento da denúncia ou da queixa, porquanto a retroatividade penal benéfica é um impositivo constitucional (art. 5º, XL, da CF/88), de modo que, havendo novatio legis in melius (como ocorre no caso), a retroatividade aos processos em curso é medida de rigor.

Por conta da controvérsia, o Min. Gilmar Mendes afetou ao plenário do Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus de nº 185.913/DF, buscando discutir dois temas: (i) “O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?” e (ii) “É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?”

Em que pese a afetação, o processo ainda se encontra pendente de deliberação, de modo a dissolver-se em variadas posições acerca do tema. “A tendência jurisprudencial, por ora, tem sido de não acolher a retroatividade benéfica dessa norma do art. 28-A do CPP; defende-se que, havendo o recebimento da denúncia ou queixa, está-se diante de ato jurídico perfeito, não podendo ser alterada a situação. Esse entendimento, na realidade, deixa de reconhecer a força da norma processual penal de natureza mista.”<sup>45</sup>

Por outro lado, em julgamento recente, a segunda turma do STF estabeleceu entendimento que corrobora com o do presente

.....

44 LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 86.

45 NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 234

enunciado. No julgado, quando da entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, (i) a denúncia já havia sido recebida; (ii) a sentença condenatória já havia sido proferida e (iii) o trânsito em julgado ocorreu em data posterior à entrada em vigor da lei de regência da matéria:

*(...) ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NORMA DE NATUREZA MISTA OU HÍBRIDA (MATERIAL E PROCESSUAL). APLICAÇÃO RETROATIVA A PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA ENTRADA EM VIGOR DA NORMA. LIMITE TEMPORAL: TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 1. O art. 28-A do CPP é norma de natureza híbrida, ou mista, porque, embora discipline instituto processual, repercute na pretensão punitiva (de natureza material), devendo retroagir, considerado o princípio da retroatividade da norma penal benéfica (CRFB, art. 5º, inc. XL). 2. O conteúdo processual da norma (e do instituto) obriga observar como marco temporal o momento processual do ANPP, e não o tempus delicti. 3. A retroatividade alcança processos em curso, tendo como limite o trânsito em julgado, pois, após esse momento, encerra-se a persecução penal e inicia-se a persecução executória. 4. O recebimento da denúncia e a existência de sentença condenatória não impedem a propositura do acordo. (...)<sup>46</sup>*

Vejam os argumentos utilizados:

*15. O citado dispositivo evidencia a natureza híbrida ou mista do Acordo de Não Persecução*

---

46 RHC 213140 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 04-12-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 12-12-2023 PUBLIC 13-12-2023

*Penal (ANPP). Isso porque, embora discipline instituto processual, explicita sua incidência sobre a pretensão punitiva (de natureza material). Em outras palavras, o ANPP é negócio jurídico processual que, ademais, afeta diretamente ius puniendi do Estado. Por essa razão, **a doutrina majoritária e a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entendem que tais normas devem observar a regra de direito intertemporal das normas penais, ou seja, a retroatividade benéfica.***

*17. Desse modo, **o recebimento da denúncia e a existência de sentença condenatória não impedem a aplicação retroativa da norma. Ela seguramente deve retroagir para atingir processos em curso, ao menos desde que não ocorrido o trânsito em julgado quando do início da vigência do art. 28-A do CPP.***

*18. Em arremate, como dito, tenho o limite do trânsito em julgado como certo. Daí, considero **imperiosa a possibilidade de retroação aos casos em que a preclusão maior ocorrerá após a entrada em vigor da Lei nº 13.964, de 2019 (referencial).***

Apesar do debate jurisprudencial, reafirmamos a posição de ser o Acordo de Não Persecução Penal uma norma de natureza jurídica mista, o que atrai a aplicação do preceito constitucional previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal de 1988. Qualquer outra interpretação diversa evidenciaria uma interpretação in malam partem, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ante a relevância e atualidade do tema, cuja padronização e pacificação contribuirá exponencialmente a inúmeros procedimentos em trâmite no judiciário brasileiro, propõe-se o mencionado enunciado.

## **DIRETORIA OAB-MG**

Presidente

**SÉRGIO RODRIGUES LEONARDO**

Vice-Presidente

**ÂNGELA PARREIRA DE OLIVEIRA  
BOTELHO**

Secretário Geral

**SANDERS ALVES AUGUSTO**

Secretária Geral Adjunta

**CÁSSIA MARIZE HATEM  
GUIMARÃES**

Tesoureiro

**FABRÍCIO SOUZA CRUZ ALMEIDA**

Tesoureiro Adjunto

**MARCO ANTÔNIO OLIVEIRA  
FREITAS**

Diretor Institucional

**RÔMULO BRASIL DE AVELAR  
CAMPOS**

Diretor de Apoio às Subseções

**ÁLVARO GUILHERME RIBEIRO  
MATOS**

Diretoria de Interiorização

**BERNARDO CARVALHO  
BRANT MAIA  
MÁRCIO FACCHINI GARCIA  
RODRIGO CARVALHO  
FERNANDES MARTINS RIBEIRO**

Diretor de Inclusão

**WILLIAM DOS SANTOS**

## **DIRETORIA CAA/MG**

Presidente

**GUSTAVO CHALFUN**

Vice-presidente

**VANJA HONORINA**

Diretora Tesoureira

**SILVINA MENDES**

Diretor Primeiro Secretário

**GIULIANO ALMADA**

Diretora Segunda Secretária

**VALÉRIA LEMOS**

Diretoria Institucional

**RODRIGO BOTTI  
FLÁVIA FACHINELI  
LUIZ PAULO**

## ENUNCIADOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PENAIS

---