

LEIA E ASSISTA ÀS VIDEOAULAS
NO SEU CELULAR



1º PASSO

Baixe nosso APP leitor de códigos
na Google Play ou AppStore: **QR BOOK**



2º PASSO

Encontre dentro do livro, os
códigos QR dentro das
disciplinas e temas abordados.



3º PASSO

Abra o APP **QR BOOK** e clique
em "**LER O CÓDIGO**"

4º PASSO

Aguarde o leitor fazer o **SCAN**,
na sequência se abrirá uma
videoaula específica.



5º PASSO

Pronto, aproveite a qualidade das nossas videoaulas,
com os melhores professores.



1

PROVA

A prova, principalmente nas últimas décadas, tem exigido muita atenção dos especialistas. Cuida-se de capítulo sensível do direito processual penal, já que um dos grandes desafios encontrados na atualidade resulta justamente na necessidade de se promover uma efetiva reconstrução dos fatos ocorridos, da realidade histórica propriamente dita, sem deixar de lado, por óbvio, direitos e garantias outorgados constitucionalmente às partes, notadamente ao autor da infração penal.

O vocábulo prova possui distintas acepções, dentre as quais se costuma mencionar três principais significados: atividade probatória, meio de prova e resultado probatório.

Enquanto **atividade probatória**, prova designa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes, e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos. De outro turno, prova como **meio de prova** é o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos probatórios: o depoimento testemunhal, a prova pericial, etc.. Finalmente, a prova pode ser identificada como o **resultado probatório**, nesse sentido significando o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes, isto é, a conclusão do juiz sobre a credibilidade e a atendibilidade do elemento obtido.

É importante conceituar também fonte de prova. Esta refere-se a tudo o que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz, por exemplo, uma pessoa, um documento ou uma coisa; é, portanto, anterior ao processo.

São objeto das provas as alegações de fato relevantes à compreensão da questão submetida a solução no processo. Nessa senda, é objeto de prova a imputação deduzida na inicial acusatória, e também: os costumes; o direito estrangeiro, estadual ou municipal; regulamentos e portarias, exceto quando as últimas servirem de complemento à norma penal em branco; os fatos não contestados ou incontroversos. Sinala-se aqui importante distinção entre o processo penal e o civil, haja vista que no último dispensa-se a comprovação dos fatos incontroversos.

Não são objeto de prova os fatos notórios, axiomáticos e os presumidos legalmente. Da mesma, serão inadmitidas as provas manifestamente irrelevantes ou impertinentes.

No que diz respeito à classificação, distingue-se a prova típica da atípica; a nominada da inominada; trata-se ainda da prova anômala e da prova irritual.

A **prova típica** opõe-se à atípica por ter prevista na legislação um procedimento de extração e produção de típico para determinado meio de prova. A segunda classificação diz respeito apenas à nomenclatura de prova, de modo que a **prova será nominada** quando o CPP faça referência nominal a determinado meio



probatório sem lhe prever um procedimento, o que ocorre na reprodução simulada dos fatos. Ainda, a **prova irritual** é aquela produzida sem a observância de seu procedimento probatório, o que ocorre, por exemplo, na oitiva de uma testemunha em que o juiz não proporciona oportunidade de reperguntas das partes. Finalmente, **prova anômala** é uma prova típica, utilizada para fins diversos daqueles que lhe são próprios, ou para fins característicos de outras provas típicas.

● SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Em relação ao sistema de apreciação de provas, a doutrina geralmente aponta a existência de três modelos:

- a) **convicção íntima:** o julgador não precisa expor os fundamentos que o levaram a tomar determinada decisão. Cuida-se de modelo em desuso, notadamente nos estados democráticos. Aponta-se, entretanto, um resquício desse modelo, que seria a decisão tomada pelo Tribunal do Júri;
- b) **prova legal ou tarifada:** ao contrário do anterior, buscou-se retirar a subjetividade do julgamento, sendo a própria lei a responsável pela valoração da prova, em escala, conforme a sua relevância;
- c) **livre convencimento motivado ou persuasão racional:** restabelece-se a possibilidade de o juiz livremente valorar a prova produzida. Contudo, a contrapartida exigida é a efetiva fundamentação da decisão, através da qual se promove o devido controle.

A mencionada redação do artigo 155, CPP procurou explicitar a opção do legislador pelo **livre convencimento motivado**¹ como o sistema de apreciação de provas, ainda que a legislação faça pequenas concessões à **prova tarifada** – nos arts. 158 e no parágrafo único do art. 155, quando faz referência à prova do estado de pessoas. A opção por referido sistema é exigência desde a Constituição Federal, conforme art. 93, IX.

● PROVAS ILÍCITAS

O principal limite imposto pela Constituição Federal aos órgãos estatais consiste na **proibição do uso de provas ilícitas** (art. 5º, LVI). Trata-se claramente de direito individual instituído em face do Estado.

O art. 157, CPP, inovou, ao definir o que se entende por prova ilícita, ou seja, aquela prova obtida mediante violação a normas constitucionais ou legais. A lei, portanto, preocupou-se apenas em especificar a posição hierárquica da norma, nada mencionando sobre o seu conteúdo, apesar da existência de divisão doutrinária que distingue as provas **ilícitas** das **ilegítimas**, respectivamente violadoras de direito material e processual. De qualquer forma, diante do silêncio da lei, e considerando tratar-se de norma consagradora de direito individual, pode-se concluir que ambas as modalidades de violação acarretam a invalidade da prova, não havendo utilidade na distinção, pelo menos sob esse aspecto.

¹ Em relação ao sistema de apreciação de provas, a doutrina geralmente aponta a existência de três modelos: a) *convicção íntima* – o julgador não precisa expor os fundamentos que o levaram a tomar determinada decisão. Cuida-se de modelo em desuso, notadamente nos estados democráticos. Aponta-se, entretanto, um resquício desse modelo, que seria a decisão tomada pelo Tribunal do Júri; b) *prova legal ou tarifada* – Ao contrário do anterior, buscou-se retirar a subjetividade do julgamento, sendo a própria lei a responsável pela valoração da prova, em escala, conforme a sua relevância; c) *livre convencimento motivado ou persuasão racional* – restabelece-se a possibilidade de o juiz livremente valorar a prova produzida. Contudo, a contrapartida exigida é a efetiva fundamentação da decisão, através da qual se promove o devido controle. Trata-se do modelo genericamente adotado pelo ordenamento (art. 93, IX, CF).

A seguir, especificamente no § 1º, primeira parte, foi expressamente adotada a **teoria dos frutos da árvore envenenada** (*fruits of the poisonous tree*), ressaltando-se a óbvia hipótese da inexistência de nexos causal, como também a teoria da **fonte independente** (parte final). Esta, por sua vez, foi definida como sendo a que “*por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*” (§ 2º), confundindo-se o legislador com a **teoria da descoberta inevitável**.²

A lei não previu o chamado *encontro fortuito de provas*, que ocorre quando, a partir de busca autorizada para a apuração de determinada infração penal, encontram-se provas da existência de **outro** crime – fenômeno da **serendipidade**.³ Para os adeptos da teoria dos frutos da árvore envenenada, as provas desta última infração penal não seriam consideradas válidas, porque a autorização não as abrangia. O Supremo Tribunal Federal, contudo, vem admitindo a licitude da prova desde que haja alguma relação de pertinência com a infração penal que justificou a medida e que tenha sido validamente determinada⁴. Consequência da admissibilidade do encontro fortuito é ainda a chamada **teoria do juízo aparente**, segundo a qual as provas obtidas em relação à pessoa que detenha prerrogativa de foro em razão da função, por juiz que era aparentemente competente no momento da autorização da produção, não são necessariamente ilícitas, pois podem ser validadas posteriormente pelo tribunal realmente competente.⁵

² Segundo Paccelli: “A nosso avviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a teoria da descoberta inevitável, muito utilizada no direito estadunidense. Na descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 354-355).

³ **Informativo 539.** “DIREITO PROCESSUAL PENAL. DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS QUE NÃO SÃO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO. O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes citados: HC 187.189-SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012. HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014.”

⁴ “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. APLICABILIDADE DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. TEMA NÃO DEBATIDO PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE EXAME DE AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL A QUO. ÓBICE AO CONHECIMENTO DO WRIT NESTA CORTE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção podem ser ratificadas a posteriori, mesmo que venha aquele a ser considerado incompetente, ante a aplicação no processo investigativo da teoria do juízo aparente. Precedentes: HC 120.027, Primeira Turma, Rel. p/ Acórdão, Min. Edson Fachin, DJe de 18/02/2016 e HC 121.719, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 27/06/2016. 2. Nas interceptações telefônicas validamente determinadas é passível a ocorrência da serendipidade, pela qual, de forma fortuita, são descobertos delitos que não eram objetos da investigação originária. Precedentes: HC 106.152, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 24/05/2016 e HC 128.102, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 23/06/2016. [...]” (HC 137438 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-133 DIVULG 19-06-2017 PUBLIC 20-06-2017).

⁵ Vide na nota de rodapé anterior precedente do STF. Em julgamento de 20/09/2017, a Corte Especial do STJ decidiu pela aplicabilidade da teoria do juízo aparente à colaboração premiada, entendendo que a homologação, por juízo de primeira instância, do acordo de colaboração em que seja referida pessoa com prerrogativa de foro no STJ não configura usurpação de competência da Corte se a investigação originalmente tratava de pessoa sem prerrogativa de foro e a informação surgiu fortuitamente. Porém, quando descobertos indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo. “Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECLAMAÇÃO. DENÚNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. AUTORIDADE COM PRERROGATIVA DE FORO. COLABORAÇÃO PREMIADA. ART. 4º DA LEI 12.850/13. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. EFEITOS. ATUAÇÃO JURISDICIONAL. EXAME DAS GARANTIAS DO COLABORADOR. CONEXÃO E CONTINÊNCIA DE CRIMES. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. EXAME. FORO PREVALENTE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. 1. O propósito da presente reclamação é determinar se o juízo de primeiro grau de jurisdição estaria usurpando a competência do STJ ao homologar acordo de delação premiada na qual é mencionado o nome de pessoa com prerrogativa de foro nesta Corte ou ao processar os fatos atribuídos ao reclamante e que seriam conexos ou continentes àqueles imputados à referida autoridade. [...] 4. Quanto ao aspecto processual, a natureza jurídica da colaboração premiada é de delatio criminis, porquanto é mero recurso à formação da convicção da acusação e não elemento de prova, sendo insuficiente para subsidiar, por si só, a condenação de alguém. 5. O acordo de colaboração não se confunde com seu conteúdo, razão pela qual as informações prestadas pelo colaborador podem se referir a crimes ou pessoas diversas do objeto inicial da investigação, ficando configurado, nessa hipótese, o encontro fortuito de provas. 6. Como consequência da serendipidade, aplica-se a teoria do juízo aparente, segundo a qual não há nulidade na colheita de elementos de convicção autorizada por juiz até então competente para supervisionar a investigação. 7. Ocorrendo a

Reconhecida a ilicitude da prova, deve-se proceder ao desentranhamento. O código inclusive determina a sua inutilização, que pode ser acompanhada pelas partes, uma vez preclusa a decisão que a invalidou (§ 3º).

Há situações em que a prova deixa de ser ilícita. Pode-se tomar de empréstimo, na essência, a dogmática sobre as causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal, tais como a legítima defesa, normalmente utilizada como exemplo. O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, já reconheceu a possibilidade de gravação de conversa telefônica, ainda que não houvesse o conhecimento do autor do crime⁶.

Também é possível validar a prova colhida durante a ocorrência do crime (flagrante), pois nessa circunstância o agente não pode invocar, em seu favor, a proteção conferida pelo ordenamento, já que ele mesmo está vulnerando-o⁷.

A proporcionalidade eventualmente tem sido utilizada para justificar a validade de determinada prova produzida em detrimento de direito individual pertencente ao agente que praticou a infração penal⁸. Entretanto, a sua aplicação ainda é controvertida⁹.

descoberta fortuita de indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo. 8. Na presente hipótese, embora os indícios do suposto envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro tenha surgido de forma fortuita, os autos da investigação até então procedida não foram encaminhados ao STJ, o que configura usurpação de sua competência. 9. Reclamação julgada parcialmente procedente.” (Rcl 31.629/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/09/2017, DJe 28/09/2017)

⁶ *“Habeas corpus’. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). ‘Habeas corpus’ indeferido.” (HC 74678, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 10/06/1997, DJ 15-08-1997 PP-37036 EMENT VOL-01878-02 PP-00232).*

⁷ Excetua-se as hipóteses de flagrante preparado, tido como sinônimo de crime impossível.

⁸ *“PENAL – HABEAS CORPUS – PROVA ILÍCITA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DOS VALORES CONTRASTANTES I - Apreensão de documentos que se deu durante fiscalização levada a efeito por fiscais da Receita Federal, acompanhados por Policiais Federais; II – Inexistência de prova de que houve invasão ou coação por parte dos agentes federais; III - Ainda que admitida a ilicitude do meio de obtenção da prova, deve o magistrado, utilizando seu alto poder de discricionariedade, avaliar os valores contrastantes envolvidos, considerando que ‘nenhuma garantia constitucional tem valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra de equivalente grau de importância’; IV - Ordem denegada.” (HC 200602010088219, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data:29/11/2006 - Página:98).*

⁹ No caso a seguir, a ordem foi indeferida basicamente por não estar demonstrada a oposição necessária à configuração da invasão de domicílio. Entretanto, a proporcionalidade não foi admitida pelo relator: *“EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa – compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio – e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição – afora as exceções nele taxativamente previstas (em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro) – só a ‘determinação judicial’ autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém – autoridade ou não – no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade. 1.2. Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 1.3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domini a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do metus publicae potestatis, ao menos nas circunstâncias do caso, em que não se trata das famigeradas ‘batidas’ policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. 2. Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da*

● ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Segundo dispõe o art. 5º, LVII, CF, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse *status* de inocente acompanha o réu desde o início da persecução penal, por força da citada norma constitucional. É mais um instrumento de proteção do indivíduo contra injunções abusivas do Poder Público.

A situação jurídica de inocência atua em duas frentes distintas, seja como proteção do autor contra medidas invasivas, seja no campo probatório.

Especificamente na segunda hipótese, que é a que nos interessa neste momento, compete ao autor da ação penal comprovar a existência do crime, bem como a autoria imputada ao acusado. Incumbe-lhe, portanto, a prova do fato constitutivo do *jus puniendi*. O réu, ao contrário, não precisa demonstrar a sua inocência. Nesse sentido, não se exige uma atuação proativa do acusado. Mesmo que este permaneça completamente inerte, do ponto de vista probatório, nada acontecerá, se o demandante não comprovar a participação do acusado na infração penal.

Determinadas consequências processuais existentes no processo civil não têm aplicação no processo penal, a exemplo do **ônus da impugnação especificada** e do **efeito material da revelia**, que não atingem os acusados. O ônus da prova, como já foi dito anteriormente, é essencialmente técnica de julgamento. Em outras palavras, em razão da não comprovação de determinado fato, o juiz, ao sentenciar, atribuirá a responsabilidade pelo fracasso probatório à determinada parte que, por lei, tinha o ônus demonstrá-lo.

Finda a instrução, se remanescerem dúvidas sobre a existência do crime, ou ainda acerca da participação do acusado, o juiz deve absolvê-lo, por força do **princípio do favor rei**, já que, nessas hipóteses, não haverá prova suficiente para condenação (art. 386, II, V e VII, do CPP).

Há casos excepcionais em que o ônus pode pesar sobre o réu, tal como nas hipóteses em que se alegar a ocorrência de causa excludente de ilicitude, desde que provado o fato constitutivo do direito do autor da ação penal. Mesmo assim, como será visto no capítulo referente à sentença absolutória, há a possibilidade de aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

● PROVA EMPRESTADA

Prova emprestada é a prova produzida em um determinado processo e que depois é trasladada, na forma documental e com o valor probante originário, para outro processo. São requisitos para o aproveitamento da prova emprestada: **(i)** a prova do primeiro processo deve ter sido produzida perante o juiz natural; **(ii)** a prova produzida no primeiro processo deve ter possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; **(iii)** que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; **(iv)** que o âmbito de cognição seja o mesmo nos dois processos¹⁰.

dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.” (HC 79512, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, DJ 16-05-2003 PP-00092 EMENT VOL-02110-02 PP-00308).

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 2ª Ed. Rio de Janeiro: El Selvier, 2014, p. 270.

No atual Código de Processo Civil, a prova emprestada é prevista no art. 372, segundo o qual *“o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”*.

No que diz respeito à prova emprestada e julgamento pelo tribunal do júri, a doutrina majoritária entende que a validação deve se dar pelo próprio Tribunal do Júri¹¹.

● PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

A prova, para cumprir a sua finalidade, deve percorrer um *iter*, comumente dividido em três ou quatro fases:

- 1. Proposição:** em regra, a prova deve ser requerida pelas partes, a fim de não se comprometer a imparcialidade do órgão julgante. Admite-se excepcionalmente a iniciativa probatória do juiz.
- 2. Autorização:** o juiz, considerando a pertinência e a relevância da prova proposta pela parte, autoriza a sua produção.
- 3. Produção:** momento em que a prova efetivamente é produzida e incorporada ao processo.
- 4. Valoração:** análise judicial da prova.

● MEIOS DE PROVA

São os instrumentos ou atividades por meio dos quais os dados probatórios são introduzidos no processo. Esses meios de provas referem-se a uma atividade endoprocessual, que se desenvolve perante o juiz com a participação das partes. São produzidos sob o crivo do contraditório real e perante juiz competente, que deverá também julgar o feito (art. 399, § 2º, CPP).

● INTERROGATÓRIO

Anteriormente concebido principalmente como **meio de prova** – o acusado era simplesmente considerado um objeto –, o interrogatório ganhou novos contornos após o advento da Lei n. 11.719/08.

A grande modificação ficou por conta do momento da sua ocorrência, postergada para o final da produção da prova oral (art. 400), tendência iniciada na Lei n. 9.099/95, que cuida dos crimes de menor potencial ofensivo. O legislador ordinário deu ênfase ao interrogatório como **meio de defesa**,

¹¹ “RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CITAÇÃO POR EDITAL. IMPRENSA OFICIAL. AFIXAÇÃO DO EDITAL PELO ESCRIVÃO. MERA IRREGULARIDADE. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. PRONÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PROVA EMPRESTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. 1. Sendo o Fórum no qual o paciente responde ao processo regional da Comarca da Capital, é no seu órgão da imprensa oficial que deve ser publicada a peça editalícia, não havendo falar em necessidade de publicação em periódico de circulação local. 2. A afixação da peça editalícia pelo Escrivão e, não, pelo Oficial de Justiça no átrio do Fórum constitui-se mera irregularidade, eis que a intenção do legislador é apenas o de assegurar que o Edital seja “afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo” (artigo 365, parágrafo único, do Código de Processo Penal). 3. Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada oportuno tempore, reste comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente. 4. A validade de prova produzida em outro processo deve ser decidida pelos jurados, na sessão plenária do Tribunal do Júri, mormente se se mostra idônea a certificar a autoria do crime. 5. Recurso improvido.” (RHC 13.664/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2005, DJ 09/05/2005, p. 475)

na medida em que, ao ser realizado no final da audiência de instrução, permite que o acusado dimensione eficazmente a conveniência e a oportunidade em participar do ato.

Essa mudança de perspectiva já havia iniciado com as alterações promovidas pela Lei n. 10.792/03, que passou, por exemplo, a permitir que as partes formulassem perguntas após o juiz (art. 188). O direito ao silêncio e à entrevista pessoal e reservada com o defensor técnico também evidenciam a modificação de paradigma acerca da finalidade precípua do interrogatório.

No julgamento do HC 127.900/AM, em 2016, o Plenário do STF decidiu, por unanimidade, que o interrogatório deve ser o último ato da instrução mesmo quando houver procedimento especial prevendo o contrário, aplicando-se o art. 400, CPP, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial.

Em relação ao procedimento propriamente dito, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, bem como facultada a possibilidade da entrevista pessoal e reservada com o seu defensor, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, ficando expressamente visível o direito ao silêncio, revogando-se a vetusta regra até então prevista no art. 186, ainda que em desuso após a CF/88.

Nos termos do art. 187, o interrogatório é constituído de duas partes, sendo a primeira também chamada de **interrogatório de identificação**, na qual o réu é inquirido sobre aspectos pessoais (§ 1º), enquanto que na segunda, conhecida como **interrogatório de mérito**, o denunciado é perguntado sobre os fatos narrados na denúncia (§ 2º). Lei n. 13.257/16, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, adicionou o § 10º ao art. 185, determinando que o interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Como já foi dito, é permitida a formulação de perguntas pelas partes, ainda vigorando, nesse específico ponto, o sistema presidencialista¹². Segundo entendemos, contudo, nada impede que o juiz permita que as partes façam as perguntas diretamente ao acusado, na linha, aliás, do modelo preconizado pela mais recente reforma do procedimento do Tribunal do Júri (art. 474, §1º).

Havendo mais de um acusado, os interrogatórios devem ser realizados separadamente. Deve-se, contudo, permitir a participação dos defensores técnicos dos corréus, conforme precedentes da Primeira¹³ e Segunda¹⁴ Turmas do Supremo Tribunal Federal. Os arts. 192, 193 e 195 prevêm a

¹² "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO PENAL. INTERROGATÓRIO. INDEFERIMENTO DAS PERGUNTAS DA DEFESA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O art. 188 do Código de Processo Penal não faculta à defesa técnica direcionar perguntas diretamente à Ré. Com efeito, concluído o interrogatório, o Juiz indagará das partes se algum fato deixou de ser esclarecido, formulando o próprio magistrado as perguntas correspondentes, se o entender pertinente e relevante. 2. A não formulação de determinadas perguntas, pelo Advogado da Ré, na audiência de interrogatório, ao contrário do que se alega, não demonstra, por si só, a vicissitude do ato processual, pois não se pode presumir eventual prejuízo à Defesa, mormente se a lei assegura ao interrogado o direito de permanecer perante o juízo em silêncio – princípio de *nemo tenetur se detegere*. 3. Inexistindo qualquer argumento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 1018918/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 14/09/2009).

¹³ "EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DE REPERGUNTAS DE ADVOGADO DE UM DOS CORRÉUS AO OUTRO CORRÉU DURANTE O INTERROGATÓRIO. DECISÃO QUE VIOLA PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOMENTE QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA ANULAR A INSTRUÇÃO A PARTIR DO INTERROGATÓRIO. 1. A decisão que impede que o defensor de um dos réus repergunte ao outro acusado ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta. 2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato. Precedentes. 3. Prejuízo devidamente demonstrado pela defesa quanto à imputação pelo crime de associação para o tráfico. Ausência de prejuízo com relação ao crime de tráfico

adoção de formalidades instrumentais, conforme as necessidades de comunicação do acusado, que abrangem desde a forma como se procede ao interrogatório de surdo, mudo ou surdo-mudo, até a intermediação de intérprete para os réus que não compreendam o idioma pátrio. O art. 194 foi revogado, pois não há mais utilidade, diante da redução da maioria civil. O art. 196 permite a qualquer tempo que o juiz proceda a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes, caso entenda necessário. A tendência jurisprudencial aponta para a ocorrência de nulidade absoluta, quando ao réu não é **oportunizado** o interrogatório, pois, agora com mais razão, também considerado como meio de defesa¹⁵, ainda que não se dispense a efetiva ocorrência de prejuízo (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002). Não ocorre, porém, se o réu opta por não participar do ato, da mesma forma quando se opera a preclusão quanto à oportunidade de alegação da nulidade¹⁶.

O advento da Lei n. 11.719/08 não acarretou a realização de novos interrogatórios, ao final da audiência de instrução, em todos os processos em curso. Tratando-se de norma processual, a sua aplicação deve considerar o estado em que a marcha procedimental se encontra, não havendo direito subjetivo à repetição de ato regularmente realizado na vigência da lei anterior (art. 2º).¹⁷ A Lei n. 11.900/09, que acrescentou parágrafos ao art. 185, possibilitou excepcionalmente a realização de interrogatório por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

de drogas. 4. Ordem parcialmente concedida para anular a instrução a partir do interrogatório quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas. (HC 101648, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 11/05/2010, DJe-026 DIVULG 08-02-2011 PUBLIC 09-02-2011 EMENT VOL-02460-02 PP-00264 RT v. 100, n. 908, 2011, p. 460-469 LEXSTF v. 33, n. 387, 2011, p. 370-381).

¹⁴ "EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO DE LITISCONSORTE PASSIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A certificação de que uma das defensoras da paciente teria manuseado os autos em data anterior à da realização do interrogatório do corréu não supre a falta de intimação para o ato. 2. A ausência de intimação da defesa para o interrogatório de litisconsorte passivo traduz constrangimento ilegal sanável em habeas corpus por violar o direito da defesa de formular perguntas aos corréus. Precedentes. Ordem concedida a fim de anular o interrogatório do corréu Luis Carlos Szymonowicz e determinar que outro se realize com observância da prévia intimação da defesa da paciente. Ordem estendida, de ofício, aos demais corréus." (HC 93607, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-02 PP-00448).

¹⁵ "DIREITO PROCESSUAL PENAL. CITAÇÃO EDITALÍCIA. IRREGULARIDADE. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU. VÍCIO SANADO. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. INVALIDADE DO PROCESSO. APROVEITAMENTO DOS ATOS INSTRUTÓRIOS. POSSIBILIDADE. I - Eventual irregularidade na citação editalícia é sanada pelo comparecimento espontâneo do réu ao processo, incidindo o princípio 'pas de nullité sans grief', consagrado pelo art. 563, do Código de Processo Penal. II - Em que pese ao Enunciado nº 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que 'No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu', entendimento esse corroborado, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, a ausência do interrogatório acarreta indiscutível prejuízo ao exercício de defesa do réu, dado o seu caráter indispensável, sendo certo que a não realização do referido ato importa violação direta à garantia constitucional da ampla defesa, consecutória do princípio maior do devido processo legal, além de configurar verdadeiro cerceamento de defesa, impondo-se a invalidação do processo, sem, contudo, fulminar a instrução já realizada. III - Recurso provido, para anular a sentença, devendo os autos retornar à vara de origem para realização do ato de interrogatório, sem prejuízo dos demais atos instrutórios, que deverão permanecer incólumes, cabendo, se for o caso, a abertura de novo prazo para alegações finais às partes." (ACR 199451010391297, Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data:18/11/2008 - Página: 85.).

¹⁶ "EMENTA HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA DE PRAZO RAZOÁVEL ENTRE A CITAÇÃO E O INTERROGATÓRIO DO RÉU. NULIDADE INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. 1 - Não existe violação ao princípio da ampla defesa em razão da realização de interrogatório do réu antes do prazo de 48 horas, contado da citação, que o Tribunal a quo reputou necessário à elaboração de estratégia de defesa pelo réu. Precedente. (HC nº 69.350/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26/3/93). 2 - Assegurado ao paciente o direito à entrevista prévia e reservada com seu advogado (CPP, art. 185, § 2º) e não tendo havido qualquer manifestação de inconformismo visando à redesignação do ato pela defesa, consumou-se preclusão sobre o tema (CPP, art. 571, inciso II). Precedente. 3 - Ausência, ademais, de demonstração de prejuízo à defesa decorrente da realização do interrogatório, no qual o réu negou a autoria do fato, o que enseja o não reconhecimento da invocada nulidade (CPP, art. 563). 4 - Ordem denegada." (HC 101455, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-224 DIVULG 22-11-2010 PUBLIC 23-11-2010 EMENT VOL-02436-01 PP-00036 RTJ VOL-00219- PP-00480).

¹⁷ "EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LEI 11.719/2008 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NOVO INTERROGATÓRIO. REALIZAÇÃO. PRETENSÃO. DESCABIMENTO. NULIDADE. ALEGAÇÃO. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - O interrogatório do paciente ocorreu em data anterior à publicação da Lei 11.719/2008, o que, pela aplicação do princípio do tempus regit actum, exclui a obrigatoriedade de renovação do ato validamente praticado sob a vigência de lei anterior. II - Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não se declara a nulidade de ato processual se a alegação não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo sofrido pelo réu. Precedentes. III - Ordem denegada." (HC 104555, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 28/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-10-2010 PUBLIC 15-10-2010).

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (...)

§2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a nulidade decorrente de realização de interrogatório realizado por videoconferência, com base em lei estadual paulista, por ofensa ao art. 22, I, CF¹⁸. Atualmente, entretanto, tem havido incremento na utilização da videoconferência, conforme Resolução CNJ 105/10¹⁹.

● CONFISSÃO

Ocorre a confissão quando o acusado reconhece a veracidade do fato contra si narrado, não abrangendo necessariamente a repercussão jurídica ou o pedido formulado pelo autor da ação penal, tal como o **reconhecimento jurídico do pedido**, figura existente no processo civil.

Como meio de prova, a confissão é um importante instrumento, mas não o único. Não basta em si. Segundo dispõe o art. 197, “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. A cautela é

¹⁸ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VÍDEOCONFERÊNCIA. LEI PAULISTA 11.819/2005. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL JÁ RECONHECIDA POR ESTA CORTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. [...] No julgamento do HC 90.900, rel. para o acórdão min. Menezes Direito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria, a inconstitucionalidade formal da Lei 11.819/2005, do Estado de São Paulo, por entender que tal diploma legal ofende o art. 22, I, da Constituição Federal, na medida em que disciplina matéria eminentemente processual. Ordem concedida, de ofício, para decretar a nulidade do interrogatório realizado por meio de sistema de videoconferência, com base na Lei paulista 11.819/2005, e dos atos a ele subsequentes, à exceção das oitavas das testemunhas. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus de ofício.” (AI 820070 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-15 PP-03846 LEXSTF v. 33, n. 386, 2011, p. 211-217).

¹⁹ O interrogatório por videoconferência está previsto a partir do art. 5º:

Art. 5º De regra, o interrogatório, ainda que de réu preso, deverá ser feito pela forma presencial, salvo decisão devidamente fundamentada, nas hipóteses do art. 185, § 2º, incisos I, II, III e IV, do Código de Processo Penal.

Art. 6º Na hipótese em que o acusado, estando solto, quiser prestar o interrogatório, mas haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal, o ato deverá, se possível, para fins de preservação da identidade física do juiz, ser realizado pelo sistema de videoconferência, mediante a expedição de carta precatória.

Parágrafo único. Não deve ser expedida carta precatória para o interrogatório do acusado pelo juízo deprecado, salvo no caso do caput.

Art. 7º O interrogatório por videoconferência deverá ser prestado na audiência uma realizada no juízo deprecante, adotado, no que couber, o disposto nesta Resolução para a inquirição de testemunha, asseguradas ao acusado as seguintes garantias:

I - direito de assistir, pelo sistema de videoconferência, a audiência uma realizada no juízo deprecante;

II - direito de presença de seu advogado ou de defensor na sala onde for prestado o seu interrogatório;

III - direito de presença de seu advogado ou de defensor na sala onde for realizada a audiência uma de instrução e julgamento;

IV - direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor, o que compreende o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor ou advogado que esteja no presídio ou no local do interrogatório e o defensor ou advogado presente na sala de audiência do fórum, e entre este e o preso.

importante, a fim de evitar, por exemplo, a autoacusação falsa, que não é rara em infrações penais praticadas por organizações criminosas.

Conforme entendia a jurisprudência, a confissão do indiciado na fase pré-processual não era suficiente para, por si só, sustentar um decreto condenatório, porque não há contraditório no inquérito policial. Esse entendimento levou o legislador a exigir a ratificação em juízo para que a confissão seja válida como prova (art. 155).

A confissão pode ser efetivada até mesmo em outro momento que não o do interrogatório, bastando que tal ato seja materializado por termo nos autos (art. 199).

Segundo dispõe o art. 200, a *“confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”*.

Por fim, o art. 198 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

● PERGUNTAS AO OFENDIDO

O Código de Processo Penal, no Capítulo V, tratou separadamente das perguntas ao ofendido (art. 201). O tratamento dispensado se justifica, principalmente porque a vítima não presta compromisso, não podendo ser considerada como testemunha. A Lei n. 11.690/08 inovou inteiramente o capítulo, prevendo novas medidas a serem tomadas em favor do ofendido, em sintonia, aliás, com a moderna tendência do direito processual penal, que é a de conferir mais atenção à vítima da infração penal.

O *caput* e o § 1º do art. 201 não sofreram modificações em relação à redação original. Estatuem que, *“sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”* (*caput*) e que, *“se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade”* (§1º). A possibilidade de condução coercitiva permanece e decorre basicamente do dever de prestar esclarecimentos, não incidindo em favor da vítima o direito ao silêncio, exceto se, sob determinado aspecto do caso concreto, houver risco de ofensa ao princípio da não autoincriminação. Na realidade, a vítima tem direito a um tratamento diferenciado em relação às testemunhas, em razão dos constrangimentos que pode sofrer. Tanto é assim que o legislador foi sensível ao determinar que *“o juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação”* (§ 6º). Também estabeleceu que o ofendido poderá ser comunicado de determinados atos processuais (§2º), inclusive por meio eletrônico (§3º), além do direito ao encaminhamento para atendimento multidisciplinar (§5º).

● PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal é o meio de prova mais usado no cotidiano forense. A sua utilização em larga escala decorre, entre outros motivos, da ineficiência do Estado em produzir provas técnicas consistentes²⁰.

²⁰ Essa ineficiência tem relação direta com a impunidade, já que o testemunho, como resultado de percepções humanas armazenadas na memória, está sujeito a falhas, que são potencializadas pelo decurso do tempo. Como bem lembrado por Pacelli, *“a verdade da razão é*

O legislador não exige qualquer requisito subjetivo para que uma pessoa possa ser testemunha. Menores, incapazes e até mesmo crianças têm aptidão para serem ouvidos em juízo, não sendo necessária a capacidade civil para a prática do ato (art. 202). Caberá ao juiz valorar a idoneidade da prova. Essa ausência de restrição decorre justamente do interesse público envolvido nas demandas penais, não sendo conveniente que a lei delimite *a priori* o rol de pessoas que possam colaborar com a reconstrução histórica do fato.

A partir do momento em que toda a pessoa possa servir como testemunha, surge então o dever geral de prestar depoimento. Cuida-se de regra contida na primeira parte do art. 206. Excepcionam-se somente as hipóteses em que a própria lei dispensa, ou até mesmo proíbe o testemunho, que serão vistas a seguir.

O ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado ou divorciado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado estão dispensados do dever de depor. A regra é motivada pelo intenso envolvimento emocional que essas pessoas mantêm com o denunciado, não se podendo delas exigir outra postura. Somente quando não for possível obter a prova do fato e de suas circunstâncias, é que o dever de depor permanece íntegro (art. 206, parte final).

Além dos casos de dispensa, o art. 207 proíbe as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. O impedimento para depor não decorre do afeto, como nos casos de dispensa, mas sim em razão do **dever de segredo**. Este, por sua vez, normalmente decorre de lei ou de contrato. Entre os exemplos mais comuns de dever de sigilo, citamos a relação advogado/cliente e o liame médico/paciente.

O **dever de depor** é acompanhado de perto pelo **dever de dizer a verdade**. O compromisso está previsto no art. 203, determinando a lei que “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado [...]”. As pessoas com doença ou deficiência mental estão dispensadas do compromisso, assim como as pessoas a que se refere o art. 206, nos termos do art. 208.

A testemunha que não cumpre o dever de dizer a verdade comete o crime de falso testemunho, previsto no art. 342, CP. Mesmo que o juiz tenha esquecido, no caso concreto, de colher o compromisso da testemunha, o dever de dizer a verdade permanece incólume, porque decorre da lei²¹.

O art. 209 trata das **testemunhas do juízo** (*caput*) e das **testemunhas referidas** (§ 1º).

Em relação ao procedimento propriamente dito, o código exige que, antes do início da audiência, devam ser adotadas as providências necessárias para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas, mantendo-as em locais ou compartimentos distintos (art. 210, parágrafo único, CPP).

apenas a representação que o homem tem e faz da realidade que apreende diuturnamente”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404).

²¹ “PENAL. PROCESSUAL. FALSO TESTEMUNHO. IRRELEVÂNCIA QUANTO AO RESULTADO DO PROCESSO PRINCIPAL E DA FORMALIDADE DO COMPROMISSO. DELITO NÃO CARACTERIZADO POR OUTRO FUNDAMENTO. 1. A caracterização do crime de falso não está condicionada à decisão judicial condenatória no processo principal em que se verificou. Precedentes do STJ. 2. É irrelevante a formalidade do compromisso para a caracterização do crime de falso testemunho. Precedentes do STF. 3. Nos termos de recente precedente do STF, o crime de falso testemunho não se configura quando com a declaração da verdade o depoente assume o risco de ser incriminado. (HC n.º 73.035/DF, in DJ de 19.12.96, p. 51.766). 4. Habeas corpus concedido para trancar a ação penal.” (HC 20.924/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2003, DJ 07/04/2003, p. 302).

Antes ainda de iniciado o depoimento, surge a oportunidade para que a testemunha seja contraditada, expondo as partes os argumentos que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé. Não havendo procedimento específico no CPP para a solução do incidente, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil (art. 457).

Colhido ou não compromisso, o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito, sendo aceita apenas breve consulta a apontamentos. Os depoimentos são colhidos separadamente, observando-se a regra da incomunicabilidade (art. 210).

A Lei 11.690/08 trouxe modificação substancial no procedimento de inquirição das testemunhas, abandonando-se o sistema presidencialista e, com isso, aproximando-se do sistema acusatório, na medida em que o juiz se mantém mais “afastado” da iniciativa probatória.

Segundo dispõe o art. 212, as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz a fiscalização do ato, a fim de que sejam evitadas as perguntas que possam induzir a resposta, as que não tiverem relação com a causa ou as que importarem na repetição de outra já respondida. Quanto aos pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição²².

A não observância da regra prevista no art. 212 não tem ocasionado por si só a nulidade do ato. O Supremo Tribunal Federal tem exigido a ocorrência de prejuízo²³. Em acórdão mais recente, a Suprema Corte afirmou tratar-se de mera irregularidade, não cabendo igualmente a alegação de nulidade²⁴. Há ainda o registro de decisão no sentido de que ao juiz não foi retirada a possibilidade de fazer perguntas às partes em primeiro lugar²⁵. Para o STJ, também se mostra necessária a alegação no momento oportuno e a comprovação do prejuízo²⁶.

²² No procedimento do júri, entretanto, manteve-se o sistema presidencialista (art. 473).

²³ “EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES INQUIRISSEM AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu. 2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. Ordem denegada.” (HC 103525, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-03 PP-00625).

²⁴ “EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM AS ALTERAÇÕES DA LEI 11.690/2008. ADOÇÃO DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA. PERGUNTAS INICIADAS E INTERMEDIADAS PELO JUIZ. IRREGULARIDADE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. ORDEM DENEGADA. O art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, inaugurou nova sistemática para o exame das testemunhas, sendo a inquirição inaugurada pelas partes e complementada pelo juiz, franqueando-se ainda às partes a realização de perguntas diretamente. Do fato de o juiz ter perguntado primeiro e não ao final não decorre prejuízo às partes, ao contrário, da irregularidade, provém vantagem processual para a parte que pergunta por último, o que, em tese, lhe é mais favorável. Do fato de o juiz ter intermediado as perguntas das partes, decorre mero prejuízo à dinâmica da audiência. O prejuízo à celeridade não é suficiente para justificar a pronúncia de nulidade. O princípio maior que rege a matéria é de que não se decreta nulidade sem prejuízo, conforme o art. 563 do Código de Processo Penal. Não se prestigia a forma pela forma, com o que se, da irregularidade formal, não deflui prejuízo, o ato deve ser preservado. Habeas corpus denegado.” (HC 112446, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 31-05-2012 PUBLIC 01-06-2012 RT v. 101, n. 926, 2012, p. 772-777).

²⁵ “JUÍZO – PARCIALIDADE – DECISÕES CONTRÁRIAS AOS INTERESSES DA PARTE – NEUTRALIDADE. A parcialidade do Juízo há de ser demonstrada, sendo elemento neutro o fato de haver implementado decisões contrárias à parte. TESTEMUNHAS – AUDIÇÃO – PERGUNTAS – ORDEM. O disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às testemunhas, fazendo indagações. SENTENÇA DE PRONÚNCIA – NATUREZA – TERMOS. A pronúncia faz-se mediante decisão interlocutória, cabendo ao Juízo fundamentar a submissão do acusado ao Tribunal do Júri.” (HC 105538, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 27-04-2012 PUBLIC 30-04-2012).

²⁶ “DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS PELO MAGISTRADO E AUSÊNCIA DO MP NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. Não gera nulidade do processo o fato de, em audiência de instrução, o magistrado, após o registro da ausência do representante do MP (que, mesmo intimado, não compareceu), complementar a inquirição das testemunhas realizada pela defesa, sem que o defensor tenha se insurgido no momento oportuno nem demonstrado efetivo prejuízo. [...] Vale ressaltar, ainda, que a jurisprudência do STJ se posiciona no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a alegação no momento oportuno e a comprovação do efetivo prejuízo (HC 186.397-SP, Quinta Turma, DJe 28/6/2011; e

Com a gradativa adoção do sistema audiovisual de gravação de audiências (art. 405, CPP), as regras contidas nos arts. 215 e 216 estão caindo em desuso. Isso se explica não somente pela fidelidade que a captação digital proporciona, mas também pelo ganho em celeridade, já que a duração da audiência é sensivelmente reduzida.

O juiz, autoridade que preside o processo, tem o poder jurídico de determinar a condução coercitiva de testemunha faltosa (art. 218); a retirada do réu da sala de audiências, quando a sua presença puder causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, desde que não seja possível a utilização do recurso da videoconferência (art. 217); o encaminhamento dos autos à autoridade policial, para fins de instauração de inquérito policial (art. 211, CPP), regra semelhante à prevista no art. 40 do CPP, em caso de falso testemunho.

Em regra, a colheita da prova testemunhal dá-se na sala de audiências, em uma única oportunidade. Porém, as pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem (art. 220).

Determinadas autoridades possuem a prerrogativa de serem ouvidas em local, dia e hora previamente ajustados entre elas e o juiz (art. 221), a fim de que não haja prejuízo para o exercício de suas funções, sendo ainda possível, no caso do Presidente e do Vice-Presidente da República, dos presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, a prestação de depoimento por escrito.

Os militares devem ser requisitados à autoridade superior (§ 2º do art. 221), enquanto que os funcionários públicos são intimados normalmente por mandado, mas com comunicação à chefia imediata, com informação sobre o dia e hora marcados (§ 3º).

O art. 222 cuida das cartas precatórias, para fins de inquirição de testemunhas que não residam na circunscrição territorial abrangida pela competência do juízo²⁷. Não há suspensão da instrução criminal, devendo a carta ser juntada no estado em que se encontrar o procedimento, inclusive em grau de recurso, se for o caso. A única cautela que se exige do juiz é a fixação de prazo razoável para cumprimento da carta, procedendo-se ao julgamento somente após o esgotamento do lapso.

A Lei 11.900/09 incluiu o art. 222-A, que trata especificamente das cartas rogatórias, exigindo-se da parte requerente a demonstração prévia da sua imprescindibilidade, bem como o pagamento

HC 268.858-RS, Quinta Turma, DJe 3/9/2013). Precedentes citados: AgRg no REsp 1.491.961-RS, Quinta Turma, DJe 14/9/2015; e HC 312.668-RS, Quinta Turma, DJe 7/5/2015. REsp 1.348.978-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. para acórdão Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/12/2015, DJe 17/2/2016" (Informativo n. 577).

²⁷ Também tem sido amplamente utilizado o sistema de videoconferência, conforme Resolução CNJ 105/10, inclusive preferencialmente, em razão do princípio da identidade física do juiz. O procedimento está disciplinado nos artigos 3º e 4º:

Art. 3º Quando a testemunha arrolada não residir na sede do juízo em que tramita o processo, deve-se dar preferência, em decorrência do princípio da identidade física do juiz, à expedição da carta precatória para a inquirição pelo sistema de videoconferência.

§ 1º O testemunho por videoconferência deve ser prestado na audiência uma realizada no juízo deprecante, observada a ordem estabelecida no art. 400, caput, do Código de Processo Penal.

§ 2º A direção da inquirição de testemunha realizada por sistema de videoconferência será do juiz deprecante.

§ 3º A carta precatória deverá conter:

I - A data, hora e local de realização da audiência uma no juízo deprecante;

II - A solicitação para que a testemunha seja ouvida durante a audiência uma realizada no juízo deprecante;

III - A ressalva de que, não sendo possível o cumprimento da carta precatória pelo sistema de videoconferência, que o juiz deprecado proceda à inquirição da testemunha em data anterior à designada para a realização, no juízo deprecante, da audiência uma.

Art. 4º No fórum deverá ser organizada sala equipada com equipamento de informática conectado com a rede mundial de computadores (internet), destinada para o cumprimento de carta precatória pelo sistema de videoconferência, assim como para ouvir a testemunha presente à audiência uma, na hipótese do art. 217 do Código de Processo Penal.

das despesas de envio, salvo se não puder arcar com os custos da diligência, caso em que o juiz dispensará o pagamento.

Por fim, o art. 225 permite cautelarmente a produção antecipada da prova testemunhal.

● RECONHECIMENTO DE PESSOAS

O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto a partir do art. 226, CPP, tratando-se de mero procedimento destinado a individualizá-las, podendo ser sigiloso na hipótese do inciso III, ou seja, quando houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deva ser reconhecida. Nesse caso, deve-se realizar perante a autoridade policial, devendo esta adotar as providências necessárias para que a pessoa a ser reconhecida não tenha contato visual com a pessoa que irá reconhecê-la.

O reconhecimento fotográfico deve ser admitido com cautela, excepcionalmente, mesmo assim quando em sintonia com outras provas. Normalmente, ocorre o reconhecimento por fotografia no inquérito policial, sendo posteriormente corroborado em juízo²⁸.

● ACAREAÇÃO

A acareação tem por finalidade o esclarecimento de contradições surgidas a partir de depoimentos prestados por testemunhas entre si, ou também relação às respostas prestadas pelo ofendido, e até mesmo entre vítimas. Em suma, serve para eliminar incoerências encontradas na prova oral. A prática forense, entretanto, tem demonstrado que a utilidade desse procedimento é reduzida.

Apesar de a lei em tese possibilitar a acareação com o próprio acusado, ou entre réus, trata-se de procedimento com reduzida efetividade, porque o denunciado não tem compromisso com a verdade, sendo-lhe resguardado o direito constitucional ao silêncio.

● DOCUMENTOS

O código, seguindo a mesma linha de permitir, ao máximo, a efetiva reconstrução histórica dos fatos, autoriza a apresentação de documentos em qualquer fase do processo, salvo quando houver vedação expressa (art. 231, CPP), como ocorre no procedimento do Tribunal do Júri, que exige a apresentação do documento com antecedência mínima de três dias antes da sessão de julgamento (art. 479, CPP). O parágrafo único deste mesmo artigo também proíbe expressamente a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.

²⁸ "HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR ROUBO CIRCUNSTANCIADO (USO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS). PENA: 5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMI-ABERTO. RECONHECIMENTO DO ACUSADO FEITO NA FASE INQUISITORIAL POR MEIO DE FOTOGRAFIA. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DAS FORMALIDADES LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. A inobservância ao art. 226 do CPP constitui nulidade relativa, sendo necessária, portanto, a efetiva demonstração de prejuízo, o que não aconteceu no caso sub judice. 2. O reconhecimento fotográfico, se acompanhado de outras provas, justifica o regular processamento da ação penal e pode servir de elemento de convicção do Juiz. Precedentes. 3. Eventual irregularidade cometida na fase inquisitorial restou sanada em juízo, porquanto o Magistrado realizou novamente o reconhecimento pessoal do acusado sob o crivo do contraditório e das demais formalidades legais. Precedentes do STF e do STJ. 4. Ademais, as provas de autoria e materialidade da infração advieram não apenas do reconhecimento fotográfico do paciente, mas também de vasto conjunto probatório que serviu como elemento de convicção para o Magistrado a fim de concluir pela condenação. 5. O MPF manifesta-se pelo não conhecimento do writ. 6. Ordem denegada." (HC 103.239/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2008, DJe 04/08/2008).

O art. 232, CPP, traz definição ampla de documento, ou seja, considera-se qualquer escrito, instrumento ou papel, público ou particular, sendo admissível a apresentação de cópias autenticadas de documentos originais, preservando-se a sua eficácia probatória.

As declarações escritas a respeito da ciência de determinado fato provam apenas e tão somente a declaração, mas não o próprio fato em si (art. 408, CPC, analogicamente). Não se considera como prova oral, por não terem sido produzidas em ambiente dialético.

Essas declarações, todavia, têm sido admitidas em juízo nas hipóteses em que se destinam a atestar os bons antecedentes do acusado. Mais do que a eficácia probatória de tais documentos, na realidade os magistrados as têm aceitado como medida de economia processual, a fim de se evitar testemunho apenas para essa finalidade. A medida, de certa forma, seria até desnecessária, pois o ônus pesa sobre a acusação. O réu não precisa provar que tem bons antecedentes, ou, ainda, conduta social adequada. Cabe ao autor da ação penal demonstrar o contrário.

Quando o documento não estiver escrito em idioma nacional, deve-se providenciar a tradução, nos termos do art. 236, CPP, salvo se no caso concreto se verificar que não haverá prejuízo para o acusado, quando, por exemplo, este domine a língua estrangeira²⁹. Permite-se que o juiz determine a juntada de determinado documento aos autos, se considerado importante para o julgamento da causa. Essa iniciativa probatória, no entanto, deve ser utilizada com cautela, em razão do sistema acusatório, exigindo-se uma adequada releitura do art. 234, CPP.

● PROVA PERICIAL

Considerando que o ordenamento contempla o sistema do livre convencimento motivado, não parece correto sustentar que a prova pericial seja superior aos demais meios de prova. Na realidade, a prova técnica é relevante para elucidar questões para as quais se exija conhecimento técnico especializado. Se o que se pretende provar puder ser demonstrado por outro meio, não haverá hierarquia ou prevalência da prova pericial. Pode-se aplicar a regra do art. 182, CPP, semelhante à norma contida no art. 479, CPC, devendo o juiz fundamentar as razões do afastamento da referida prova.

O Código de Processo Penal, porém, estabeleceu algumas situações em que a prova técnica se mostra imprescindível, a exemplo do art. 158, CPP, o qual determina que, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado, sob pena de nulidade (art. 564, III, b, CPP). Caso os vestígios tenham desaparecido, é possível a prova testemunhal, que não se confunde com o exame de corpo de delito **indireto** (art. 167, CPP). A propósito do exame de corpo de delito e de outras perícias, a redação original do art. 159, CPP, previa a elaboração do laudo por **peritos oficiais**, tendo o STJ, porém,

²⁹ “PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSOS ESPECIAIS. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. PECULATO-DESVIO. ESTELIONATO CONTRA ENTE PÚBLICO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. USO DE DOCUMENTO FALSO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA QUE NÃO SE VERIFICA NA HIPÓTESE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEGALIDADE. IMPEDIMENTO DA TURMA JULGADORA A QUO POR PRÉ-JULGAMENTO DA DEMANDA. NÃO OCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO FEITO. DESNECESSIDADE. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE TRADUÇÃO OFICIAL DE TODOS OS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 236 DO CPP. TIPIFICAÇÃO DAS CONDUTAS IMPUTADAS AOS RÉUS. REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CP. OBSERVÂNCIA. REEXAME DA QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. RECURSOS DESPROVIDOS. [...] XII. A norma inserta no art. 236 do CPP não impõe que sejam necessariamente traduzidos os documentos em língua estrangeira, autorizando a juntada dos mesmos, mesmo sem tradução, se a crivo do julgador esta se revele desnecessária, ressaltando-se, obviamente, que tal medida não pode cercear a defesa dos acusados. [...]” (REsp 1183134/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012).

permitido à época a subscrição do documento por apenas um profissional oficial³⁰, a despeito do Enunciado 361 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³¹. Após o advento da Lei n. 8.862/94, ficou mais clara a exigência de **dois** peritos em qualquer caso, e não apenas na ausência de **perito oficial**. A nulidade, entretanto, era relativa³².

A redação atual, conferida pela Lei n. 11.690/08, reduziu para um perito oficial, portador de diploma superior. Na falta de perito oficial, o exame deve ser realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Quando a perícia for mais complexa (que abranja mais de uma área de conhecimento), pode-se determinar a sua realização por mais de um perito (§ 7º do art. 159, CPP). A maior alteração ficou por conta do procedimento envolvendo a produção da prova pericial em juízo, aproximando-se da prevista na legislação processual civil, implantando-se o contraditório na fase judicial, inclusive com a possibilidade de participação de assistentes técnicos indicados pelas partes.

O contraditório diferido nem sempre será eficaz, pois, em muitos casos, a prova não poderá ser repetida, em virtude do perecimento do objeto ou pela alteração do estado das coisas. Do contrário, deve-se permitir a repetição da prova pericial, sob o manto do contraditório (art. 155, CPP).

Com relação às demais perícias, o CPP prevê a realização de autópsia (art. 162), inclusive quando antecedida de exumação (art. 163); de local de crime (art. 169); perícias de laboratório (art. 170); para a análise de rompimento de obstáculo à subtração de coisa, ou por meio de escalada (art. 171); para aferir a gravidade de lesões através de laudo complementar, a ser realizada no prazo de trinta dias a contar do fato (§ 2º do art. 168); para os casos de incêndio (art. 173); para os casos de reconhecimento de escritos (art. 174); dos instrumentos do crime (art. 175).

● INDÍCIOS E PRESUNÇÕES

O Código de Processo Penal dedica um único dispositivo ao indício. Segundo o art. 239, considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por **indução**, concluir-se pela existência de outras circunstâncias. A definição encontra crítica de parte da doutrina, porque a operação ali definida não seria propriamente de **indução**, mas de **dedução**, isto é, decorrente de um processo **lógico-dedutivo**³³.

³⁰ "RECURSO DE "HABEAS CORPUS". EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. LAUDO PERICIAL SUBSCRITO POR UM SÓ "EXPERT". SÚMULA Nº 361-STF. I - A análise de prova, no âmbito do "habeas corpus", só é possível quando absolutamente extrema de dúvidas e inteiramente inequívoca. Se a matéria for de prova duvidosa ou controvertida, inviável o remédio heroico. II - Não é nulo o laudo pericial realizado por um só perito oficial, sendo inaplicável a Súmula n.º 361 - STF. III - Recurso improvido." (RHC 2189/SC, Rel. Ministro Pedro Aciole, Sexta Turma, julgado em 13/10/1992, DJ 21/06/1993, p. 12379).

³¹ **Súmula 361.** No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão.

³² "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. ESTUPRO. EXAME PERICIAL. PERITO NÃO OFICIAL. LAUDO ASSINADO POR UM MÉDICO. NULIDADE RELATIVA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. I - O fato do exame de corpo de delito ser subscrito por apenas um perito oficial, conquanto caracterize nulidade, à luz do disposto no art. 159, § 1º, do CPP, é vício de natureza relativa, que pressupõe a alegação no momento oportuno, bem como a verificação de prejuízo para a parte, sendo que este não houve no caso. II - Impossibilidade de se apreciar o recurso no ponto em que se afirma que ainda não houve contra-razões à apelação da defesa, porquanto esse tópico não fazia parte do pedido inicial, sendo introduzido apenas nas razões do apelo. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, desprovido." (RHC 11.278/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 494).

³³ "Na verdade, o indício mencionado no art. 239 do CPP não chega a ser propriamente um meio de prova. Trata-se, antes disso, da utilização de um raciocínio dedutivo, para, a partir da valoração da prova de um fato ou de uma circunstância, chegar-se à conclusão da existência de um outro ou de uma outra." (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 430).

Abstraindo-se a discussão conceitual, não há dúvidas de que o fato indiciante deva ser devidamente comprovado. A partir dele, através do processo crítico, chega-se à conclusão da existência do fato indiciado.

Talvez a grande controvérsia envolva a eficácia dos indícios como meio de prova. A jurisprudência, em algumas situações, tem considerado ser possível que os indícios possam sustentar uma condenação, afastando-se o princípio do *in dubio pro reo*³⁴.

Porém, não há um critério ou marco seguro para se afirmar quando um conjunto de indícios poderá permitir uma condenação. Vai depender das circunstâncias do caso concreto. O certo é que, quanto mais corriqueiro e verossímil o nexo de causalidade entre o fato indiciante e o indiciado, conforme as regras de experiência, maior a possibilidade de sua utilização.

As presunções podem ser *legais* ou *comuns*. Nas primeiras, a própria lei determina a consequência, uma vez provado o fato conhecido. As presunções legais dividem-se em absolutas – *juris et de jure* – ou relativas – *juris tantum* –, conforme respectivamente proibam ou admitam prova em contrário.

Já a presunção comum, também chamada de **presunção hominis**, decorre daquilo que normalmente acontece, da ordem natural das coisas, sendo tal inferência realizada pelo juiz, não pela lei.

O direito processual penal não é afeto ao uso de presunções legais. Por outro lado, não é rara a utilização de presunção *hominis*, até mesmo porque o Código de Processo Penal, como já foi dito, traz um capítulo sobre os indícios. Podemos citar dois exemplos específicos de presunções, que ocorrem no **quase flagrante** e no **flagrante presumido** (art. 302, III e IV, CPP).

• BUSCA E APREENSÃO

A busca pode ser **domiciliar** ou **pessoal**. É medida de natureza cautelar, destinada precipuamente à coleta de material probatório para viabilizar a futura ação penal.

Segundo dispõe o art. 240, § 1º, CPP, a busca domiciliar pode ser determinada para:

Art. 240. (...)

§1º (...)

a) prender criminosos;

b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;

³⁴ “Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRESUNÇÃO HOMINIS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS. APTIDÃO PARA LASTREAR DECRETO CONDENATÓRIO. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ANTE A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Doutrina (LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente (HC 96062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336). 2. O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta. [...] 6. O juízo de origem procedeu a atividade intelectual irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da minorante. 7. Ordem denegada.” (HC 101519, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012).

- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

Para que a busca domiciliar seja efetivada, é necessária a prévia autorização judicial, não sendo possível a determinação diretamente pela autoridade policial, nem mesmo por Comissão Parlamentar de Inquérito – cláusula de reserva jurisdicional (art. 5º, XI, CF)³⁵.

A noção de domicílio está definida no art. 246, CPP, compreendendo qualquer compartimento habitado ou aposento ocupado de habitação coletiva ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

O § 2º do art. 243 proíbe a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Em se tratando de diligência a ser realizada em escritório de advocacia, a Lei n. 8.906/94 prevê que, presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes, salvo quando estes estejam sendo formalmente investigados como partícipes ou coautores do advogado pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade (art. 7º, §§ 6º e 7º, Lei n. 8.906/94).

³⁵ “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (art. 58, § 3º), claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais, restringindo-as, unicamente, ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do poder geral de cautela conferido aos juízes, como o poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar. A circunstância de os poderes investigatórios de uma CPI serem essencialmente limitados levou a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal a advertir que as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem formular acusações e nem punir delitos (RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD), nem desrespeitar o privilégio contra a auto-incriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha (RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 79.244-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância (RDA 196/195, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD). [...] O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal - Min. CELSO DE MELLO (Relator), Min. MARCO AURÉLIO, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Min. NÉRI DA SILVEIRA e Min. CARLOS VELLOSO (Presidente) - não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do writ mandamental, a falta de motivação do ato impugnado.” (MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).

A busca **peçoal** prescinde de autorização judicial, nos termos do art. 244, CPP. A jurisprudência reconhece a validade da norma³⁶. Não é permitido, porém, que a fundada suspeita esteja baseada em parâmetros inteiramente subjetivos³⁷.

Em se tratando de veículos, o STJ entende que somente se mostra necessária a autorização judicial quando for destinado à moradia³⁸.

³⁶ "PENAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PROVA OBTIDA POR BUSCA PESSOAL. ADMISSIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Materialidade comprovada pelo laudo de exame em moeda. 2. Autoria comprovada pela prova testemunhal. 3. Admite-se a busca pessoal independentemente de mandado quando houver fundada suspeita de que o agente possua objetos que possam constituir corpo de delito, nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal. 4. Apelação desprovida." (ACR 200661810009101, JUIZ ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:17/08/2010 PÁGINA: 134).

³⁷ "EMENTA: HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo." (HC 81305, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2001, DJ 22-02-2002 PP-00035 EMENT VOL-02058-02 PP-00306 RTJ VOL-00182-01 PP-00284).

³⁸ **Informativo 505/STJ.** Prescinde de mandado judicial a busca por objetos em interior de veículo de propriedade do investigado fundada no receio de que a pessoa esteja na posse de material que possa constituir corpo de delito, salvo nos casos em que o veículo é utilizado para moradia, como é o caso de cabines de caminhão, barcos, trailers. Isso porque, nos termos do art. 244 do CPP, a busca nessa situação equipara-se à busca pessoal. HC 216.437-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 20/9/2012.

