

11

SABERES DO DIREITO

Processo Penal II

Provas – Questões e processos incidentes

NESTOR TÁVORA
VINÍCIUS ASSUMPÇÃO

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES



**Editora
Saraiva**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –
Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 –
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –
Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –

Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 /

2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17179-4
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Távora, Nestor
Processo penal II : provas – questões e processos incidentes
/ Nestor Távora, Vinícius Assumpção. – São Paulo :
Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 11)
1. Processo penal 2. Processo penal - Brasil I. Título.
II. Série.

Índice para catálogo sistemático:
1. Processo penal : Direito penal 343.1

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editor Roberto Navarro
Assistente editorial Thiago Fraga
Produção editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Know-how Editorial
Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira
Capa Aero Comunicação
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Know-how Editorial

Data de fechamento da edição: 25-4-2012

Dúvidas?
Acesse: www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia
autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do
Código Penal.



NESTOR TÁVORA

Mestre em Direito Público (UFBA). Especialista em Ciências Criminais pelas Faculdades Jorge Amado. Professor da Escola de Magistrados da Bahia. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Professor da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes. Professor da Faculdade Baiana de Direito nos cursos de graduação e pós-graduação. Professor da Rede de Ensino LFG. Advogado.

VINÍCIUS ASSUMPÇÃO

Advogado Criminalista. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduando em Direito do Estado pelo Curso JusPodivm. Professor de Processo Penal e Direito Penal do Curso JusPodivm. Professor da Escola Superior de Advocacia – OAB/BA.

Conheça os autores deste livro: <http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=17178-7>

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?page_id=2445

◆ Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o ¹

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de **livro vivo**, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de) ¹.

No ¹ você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao ¹ do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet

<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

¹ O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

◆ Sumário

PARTE I Prova

Capítulo 1 Teoria Geral da Prova

- 1. Conceito e finalidade
- 2. Prova e elementos informativos
- 3. Destinatários
- 4. Objeto
- 5. Classificação da prova
 - 5.1 Quanto ao objeto
 - 5.2 Quanto ao efeito ou valor
 - 5.3 Quanto ao sujeito ou causa
 - 5.4 Quanto à forma ou aparência
- 6. Meios de prova
- 7. Vedação probatória
- 8. Teorias sobre o tema “provas ilícitas”
 - 8.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*)
 - 8.1.1 Teorias decorrentes
 - 8.2 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade
 - 8.3 Teoria da exclusão da ilicitude da prova
- 9. Prova emprestada
- 10. Ônus da prova
- 11. Iniciativa do juiz
- 12. Sistemas de apreciação da prova
 - 12.1 Sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção
 - 12.2 Sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada
 - 12.3 Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional
- 13. Princípios da prova
 - 13.1 Princípio da autorresponsabilidade das partes
 - 13.2 Princípio da audiência contraditória
 - 13.3 Princípio da aquisição ou comunhão

[13.4 Princípio da oralidade](#)

[13.5 Princípio da publicidade](#)

[13.6 Princípio do livre convencimento motivado](#)

[13.7 Princípio do *nemo tenetur se detegere* \(direito de não produzir prova contra si mesmo\)](#)

[13.8 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas](#)

[14. Procedimento probatório](#)

Capítulo 2 Provas em Espécie

[1. Exames periciais](#)

[1.1 Considerações gerais](#)

[1.1.1 Assistente técnico](#)

[1.2 Realização das perícias](#)

[1.3 Apreciação dos laudos periciais](#)

[1.4 Exame de corpo de delito](#)

[1.5 Necessidade do laudo](#)

[1.6 Outras perícias](#)

[1.6.1 Exame necroscópico](#)

[1.6.2 Exame de lesões corporais](#)

[1.6.3 Perícia em incêndio](#)

[1.6.4 Perícia laboratorial](#)

[1.6.5 Exame para reconhecimento de escritos](#)

[1.6.6 Exame nos instrumentos da infração](#)

[1.6.7 Exame na destruição ou rompimento de obstáculo e na escalada](#)

[1.6.8 Avaliação](#)

[1.6.9 Exame de embriaguez ao volante](#)

[2. Interrogatório do acusado](#)

[2.1 Conceito e natureza jurídica](#)

[2.2 Momento de realização do interrogatório](#)

[2.3 Necessidade de realização do interrogatório](#)

[2.4 Características do interrogatório](#)

[2.5 Local do interrogatório](#)

[2.6 Procedimento](#)

[2.6.1 Preliminares](#)

[2.6.2 Conteúdo](#)

[2.6.3 Formalidades](#)

[2.6.4 Interrogatório do réu menor de vinte e um anos](#)

[2.6.5 Compatibilidade com o inquérito policial](#)

[2.6.6 Interrogatório por videoconferência](#)

[3. Confissão](#)

[3.1 Conceito e objeto](#)

[3.2 Natureza jurídica](#)

[3.3 Espécies](#)

[3.4 Requisitos](#)

[3.5 Peculiaridades](#)

[3.6 Valor probatório](#)

[3.7 Delação e delação premiada](#)

[4. Perguntas ao ofendido](#)

[4.1 Considerações gerais: conceito e natureza](#)

[4.2 Repercussões processuais](#)

[4.3 Valor probatório das declarações do ofendido](#)

[4.4 Prerrogativas do ofendido](#)

[5. Testemunhas](#)

[5.1 Conceito e natureza](#)

[5.2 Características da prova testemunhal](#)

[5.3 Recusa e impedimento](#)

[5.4 Demais vedações](#)

[5.5 Deveres da testemunha](#)

[5.6 Número de testemunhas](#)

[5.7 Classificação](#)

[5.8 Lugar do depoimento e precatória](#)

[5.9 Testemunho dos militares e funcionários públicos](#)

[5.10 Procedimento para tomar o depoimento](#)

[5.11 O depoimento](#)

[5.12 Falso testemunho e prisão em flagrante](#)

[5.13 Competência para julgamento do falso testemunho](#)

[5.14 Proteção](#)

[5.15 Valor probatório](#)

[6. Reconhecimento de pessoas e coisas](#)

[6.1 Conceito e natureza jurídica](#)

[6.2 Reconhecimento de pessoas](#)

[6.2.1 Procedimento](#)

[6.2.2 Intimidação](#)

[6.3 Reconhecimento fotográfico e fonográfico](#)

[6.4 Reconhecimento de coisas](#)

[7. Acareação](#)

[7.1 Conceito e natureza](#)

[7.2 Pressupostos](#)

[7.3 Procedimento](#)

[7.4 Valor probatório](#)

[8. Documentos](#)

[8.1 Conceito](#)

[8.2 Espécies](#)

[8.3 Requisitos](#)

[8.4 Produção](#)

[8.5 Tradução](#)

[8.6 Restituição](#)

[9. Indícios e presunções](#)

[9.1 Conceito](#)

[9.2 Classificação](#)

[9.3 Valor probatório](#)

[10. Busca e apreensão](#)

[10.1 Conceito e natureza jurídica](#)

[10.2 Iniciativa](#)

[10.3 Objeto](#)

[10.4 Momento](#)

[10.5 Espécies](#)

[10.5.1 Busca domiciliar](#)

[10.5.2 Busca pessoal](#)

PARTE **II** [Questões e Processos Incidentes](#)

[Capítulo 1](#) [Considerações Iniciais](#)

[Capítulo 2](#) [Questões Prejudiciais](#)

[1. Classificação](#)

[1.1 Prejudicial homogênea e heterogênea](#)

[1.2 Prejudicial obrigatória e facultativa](#)

[1.3 Prejudicial total e parcial](#)

[1.4 Prejudicial devolutiva e não devolutiva \(princípio da suficiência\)](#)

[2. Natureza jurídica](#)

[3. Sistemas de solução](#)

[4. Processamento da prejudicial obrigatória e da facultativa](#)

[5. Recursos](#)

[6. Prescrição](#)

Capítulo 3 Exceções

[1. Conceito](#)

[2. As espécies de exceções e seus processamentos](#)

[2.1 Exceção de suspeição](#)

[2.2 Exceção de incompetência](#)

[2.3 Exceção de litispendência](#)

[2.4 Exceção de ilegitimidade de parte](#)

[2.5 Exceção de coisa julgada \(*exceptio rei judicatae*\)](#)

Capítulo 4 Incompatibilidades e Impedimentos

[1. Processamento](#)

[2. Efeitos](#)

[3. Recursos](#)

Capítulo 5 Conflito de Jurisdição

[1. Espécies e competência](#)

[2. Processamento](#)

[3. Recursos](#)

Capítulo 6 Conflito de Atribuições

[1. Competência para dirimir o conflito](#)

[2. Processamento](#)

Capítulo 7 Restituição de Coisas Apreendidas

[1. Introdução](#)

- [2. Autoridade restituinte](#)
- [3. Confisco](#)
- [4. Procedimento da restituição](#)
- [5. Recurso](#)

Capítulo 8 [Medidas Assecuratórias](#)

- [1. Sequestro de bens imóveis](#)
 - [1.1 Cabimento](#)
 - [1.2 Embargos](#)
 - [1.3 Recurso](#)
 - [1.4 Levantamento](#)
 - [1.5 Destinação ao final do processo](#)
- [2. Sequestro de bens móveis](#)
 - [2.1 Cabimento](#)
 - [2.2 Embargos](#)
 - [2.3 Recurso](#)
 - [2.4 Levantamento](#)
 - [2.5 Destinação ao final do processo](#)
- [3. Hipoteca legal](#)
 - [3.1 Cabimento](#)
 - [3.2 Procedimento](#)
 - [3.3 Recurso](#)
 - [3.4 Levantamento](#)
 - [3.5 Destinação ao final do processo](#)
- [4. Arresto de bens móveis \(antigo sequestro definitivo\)](#)
 - [4.1 Cabimento](#)
 - [4.2 Procedimento](#)
 - [4.3 Recurso](#)
 - [4.4 Levantamento](#)
 - [4.5 Destinação ao final do processo](#)
- [5. Arresto de imóveis \(antigo sequestro prévio\)](#)
 - [5.1 Cabimento](#)
 - [5.2 Recurso](#)

Capítulo 9 [Incidente de Falsidade](#)

- [1. Introdução](#)

- [2. Espécies](#)
- [3. Legitimidade](#)
- [4. Procedimento do incidente](#)
- [5. Efeitos](#)
- [6. Recurso](#)

Capítulo 10 [Incidente de Insanidade Mental](#)

- [1. Introdução](#)
- [2. Procedimento](#)
- [3. Sequência](#)
- [4. Recurso](#)
- [5. Insanidade que se manifesta no cumprimento da pena](#)
- [6. Insanidade superveniente](#)

[Referências](#)

PARTE I

◆ Prova

◆ [Teoria Geral da Prova](#)

◆ [Provas em Espécie](#)

Capítulo 1

◆ Teoria Geral da Prova

1. Conceito e finalidade

O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possam extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. A demonstração da “verdade” dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.

Intrínseca no conceito está a sua **finalidade**, o objetivo, que é a obtenção do convencimento do julgador, decidindo pela condenação ou absolvição do réu por meio da apreciação do manancial probatório carreado aos autos.

É possível falar em três acepções para o termo “prova”:

- (i) *prova como ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória);
- (ii) *prova como meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal);
- (iii) *prova como resultado*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato (NUCCI, 2007, p. 351).

Temos, a nosso ver, uma concepção estática, que é a prova em si mesma; uma expressão dinâmica, por intermédio da produção probatória, e uma feição dialética, com a submissão da prova à discussão processual e posterior valoração na sentença.

É de extrema importância uma produção probatória de qualidade, pois só

poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida por meio de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um esforço probatório sólido.

2. Prova e elementos informativos

Prova e elementos informativos não se confundem. A prova é o elemento formador de convicção do órgão julgador produzido em contraditório judicial, enquanto os elementos informativos não estão submetidos à exigência do contraditório e da ampla defesa, assegurados no art. 5º, LV, da CF/88.

A distinção guarda importância, especialmente após a Lei n. 11.690/2008, que alterou o Código de Processo Penal. Com a mudança, o art. 155 passou a dispor que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. A regra, portanto, é que o juiz deve sentenciar valendo-se das provas colhidas na instrução, ainda que possa utilizar de forma acessória os elementos informativos obtidos. O que é vedado, por lei e pelos tribunais, é que o julgador se apoie unicamente nos elementos produzidos sem contraditório (STF – HC 96.356 – Rel. Min. Marco Aurélio – *DJe* 24-9-2010 e STJ – HC 11.829 – Rel. Min. Jorge Mussi – *DJe* 14-2-2011).

3. Destinatários

O destinatário direto da prova é o magistrado, que formará o seu convencimento pelo material que é trazido aos autos. As partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão.

4. Objeto

É o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda. É o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento. Crucial a distinção entre objeto **da** prova e objeto **de** prova:

(i) *Objeto da prova*: são os **fatos relevantes** . Como o réu defende-se dos fatos

– e não da tipificação jurídica dada a estes – é a coisa, o fato,¹ o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor.

(ii) **Objeto de prova:** diz respeito ao que exige apreciação judicial, sendo pertinente que seja provado. Nem tudo depende de comprovação, havendo dispensa nas seguintes hipóteses:

- ♦ o **direito**, como regra, não precisa ser provado. Eventualmente será necessário provar a existência e a vigência do direito estadual, municipal, consuetudinário e alienígena, se assim determinar o juiz (art. 337, CPC). Os regulamentos e portarias também deverão ser provados, salvo se constituírem complemento de norma penal em branco (ex.: Portaria n. 344 da Anvisa, complemento da Lei Antidrogas);

- ♦ os **fatos notórios** são aqueles de domínio de parcela significativa da população informada e por isso também não dependem de prova, por força do art. 334, inc. I, do CPC. Ex.: não se precisa provar que a capital nacional é Brasília;

Nota: os fatos incontroversos – aqueles que não foram refutados pela outra parte –, ao contrário do Processo Civil (art. 334, III, CPC), carecem de demonstração probatória. Por esse motivo, o magistrado deverá confrontar a confissão com outros meios de prova (art. 197, CPP).

- ♦ os fatos **axiomáticos** ou intuitivos são aqueles que se autodemostam, têm força probatória própria e também não dependem de prova. Ex.: é dispensável o exame interno cadavérico quando as lesões externas permitirem identificar a causa da morte (art. 162, parágrafo único, CPP), como no caso de decapitação;

- ♦ os fatos **inúteis** também não carecem de prova, pois são irrelevantes para a persecução penal;

- ♦ as **presunções legais**, sendo conclusões extraídas da própria lei, ou dispensam a produção de prova, como acontece com as presunções absolutas (*juris et de jure*), ou invertem o ônus da prova, como acontece com as presunções meramente relativas (*juris tantum*). Ex.: existe presunção insuperável (art. 27, CP e art. 228, CF) acerca da inimputabilidade do menor de 18 anos. Comprovado ser a pessoa menor de 18, a lei presume (de forma absoluta) a sua inimputabilidade.

5. Classificação da prova

5.1 Quanto ao objeto

É a relação ou incidência que a prova tem com o fato a ser provado. Pode ser:

- (i) *Direta*: é a aquela que se refere diretamente ao fato probando, por si só, demonstrando-o. Ex.: testemunha ocular.
- (ii) *Indireta*: é aquela que se refere a outro acontecimento que, por dedução, nos leva ao fato principal. Ex.: um álibi.

5.2 Quanto ao efeito ou valor

É o grau de certeza gerado pela apreciação da prova.

- (i) *Plena*: é aquela suficiente para a fundamentação da decisão judicial, pois imprime no julgador um juízo de certeza quanto ao fato apreciado.
- (ii) *Não plena ou indiciária*: é a prova limitada quanto à profundidade, permitindo, por exemplo, a decretação de medidas cautelares. Ex.: indícios (art. 239, CPP).

5.3 Quanto ao sujeito ou causa

Trata da prova em si considerada, em que consiste o material produzido.

- (i) *Real*: é aquela emergente do fato. Ex.: fotografia, pegadas etc.
- (ii) *Pessoal*: é a que decorre do conhecimento de alguém em razão do *thema probandum*. Exs.: confissão, testemunha, declarações da vítima.

5.4 Quanto à forma ou aparência

É a maneira como a prova se revela no processo.

- (i) *Testemunhal*: é expressa pela afirmação de uma pessoa, independentemente, tecnicamente, de ser testemunha ou não. Ex.: interrogatório do réu.
- (ii) *Documental*: é o elemento que irá condensar graficamente a manifestação de um pensamento. Ex.: contrato.
- (iii) *Material*: simboliza qualquer elemento que corporifica a demonstração do fato. Exs.: exame de corpo de delito, instrumentos do crime etc.

6. Meios de prova

Os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo.

O CPP não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis. É possível, desse modo, utilizar tanto as provas nominadas, disciplinadas nos arts. 158 a 250 do CPP, quanto as inominadas, é dizer, aquelas ainda não

disciplinadas (atípicas). O princípio da verdade real (verdade processual, *rectius*), iluminando a persecução criminal, permite a utilização de meios probatórios não disciplinados em lei, desde que sejam moralmente legítimos e não sejam contrários ao próprio ordenamento. O art. 155, parágrafo único, do CPP (redação dada pela Lei n. 11.690/2008) confirma a ausência de taxatividade dos meios de prova, ao prescrever que “somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. A Súmula n. 74 do STJ, por exemplo, assevera que “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

7. Vedação probatória

O princípio da liberdade probatória não é absoluto. O intuito da busca da verdade real e a amplitude da produção probatória, fazendo-se aproveitar outros meios de prova que não os disciplinados no CPP, encontram limites. A Carta Magna, no seu art. 5º, inc. LVI, traz o principal obstáculo, consagrando a inadmissibilidade, no processo, “das provas obtidas por meios ilícitos”.

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, na qual os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

A prova é taxada de **proibida** ou **vedada** toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida ao processo. Temos assim, por classificação amplamente aceita (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 133), as provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis, que é o gênero, do qual são espécies:

- (i) *As provas ilícitas*: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei n. 9.455/97); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei n. 9.296/96).
- (ii) *As provas ilegítimas*: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, § 1º, CPP).
- (iii) *As provas irregulares*: para parte da doutrina, seriam irregulares as provas

permitidas pela legislação processual, porém obtidas em desacordo com as formalidades por ela exigidas (RANGEL, 2003, p. 417). Ex.: busca e apreensão domiciliar em que, embora seja prova admitida, o mandado não atenda aos requisitos formais do art. 243 do CPP, quais sejam, mencionar os motivos e os fins da diligência, ser subscrito pelo escrivão e pela autoridade que o fez expedir etc. Desta maneira, seria uma prova irregular e, por sua vez, inválida. Entendemos que as provas irregulares estão enquadradas no conceito de provas ilegítimas.

A Constituição Federal não fez qualquer distinção entre provas ilícitas ou ilegítimas. O Código de Processo Penal também não a fez, rezando apenas serem ilícitas as provas obtidas em violação a normas de caráter constitucional ou infraconstitucional (art. 157, *caput*, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008). Estas provas, segundo o dispositivo, deverão ser desentranhadas dos autos, evitando-se a perpetuação no tempo dos efeitos deletérios que a prova ilícita pode causar. Detectando-se o vício na prova enquanto tal ou no procedimento de confecção, deve o magistrado, ouvindo as partes, determinar que ela seja desentranhada, e, uma vez preclusa a decisão, haverá a destruição da prova ilícita, facultando-se às partes acompanhar tal expediente.

Deve-se interpretar tal medida com bastante cautela, não só porque a destruição da prova ilícita pode implicar na eliminação da materialidade de algum crime cometido para realizá-la, como a falsificação de documento público ou uma falsa perícia, mas também, e não menos importante, porque com o ato, caso haja equívoco judicial na aferição da falsidade, corre-se o risco de perpetuar-se a injustiça, como na condenação de um inocente ou a absolvição de réu culpado, pela eliminação do material probatório reputado uivocadamente ilegal. Melhor seria que, uma vez preclusa a decisão declarando a falsidade probatória, houvesse remessa do feito ao Ministério Público, para empreender a responsabilidade pela prática de eventual infração perpetrada na produção, por analogia ao art. 145, inc. IV, do CPP, ao tratar do incidente de falsidade documental, ou então determinar o desentranhamento e a destruição após o trânsito em julgado da decisão final, deixando-se a prova ilícita em total sigilo, apartada dos autos.

Como não foi contemplado recurso específico para combater o desentranhamento, resta a utilização das ações autônomas de impugnação, seja o *habeas corpus*, seja o mandado de segurança. Nada impede, também, que a matéria seja discutida em preliminar de futura apelação, em razão de cerceamento do direito de defesa ou de acusação ocasionado pelo

desentranhamento da prova supostamente ilícita.

A seu turno, não se pode ignorar que o magistrado que teve contato com a prova ilícita pode ter comprometido, direta ou indiretamente, a imparcialidade necessária para julgar a contenda. Antevendo este prejuízo ao processo, o legislador reformista previu, no § 4º do art. 157 do CPP, a incompatibilidade do magistrado que tivesse contato com o material ilícito e a necessidade de remessa para o seu substituto legal. Ocorre que, em meio à intensa discussão, o dispositivo foi vetado pela Presidência da República, não havendo mais vedação legal à permanência do juiz que teve contato com a prova ilegal. Resta, entretanto, como solução ao prejuízo à imparcialidade, a possibilidade do próprio magistrado declarar-se magistrado suspeito e afastar-se do caso, ao perceber que o acesso à prova o contaminou e inviabilizaria o correto exercício jurisdicional.

8. Teorias sobre o tema “provas ilícitas”

É de singular importância o enfrentamento das teorias que tratam do tema “provas ilícitas”, justificando ou não a sua utilização, e até mesmo estipulando os limites de contaminação de outras provas em face da produção de uma prova ilícita. Vejamos as de maior destaque na doutrina e na jurisprudência.

8.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada (“fruits of the poisonous tree”)

A produção de prova ilícita pode ser de extrema prejudicialidade ao processo. Os efeitos da ilicitude podem transcender a prova viciada, contaminando todo o material dela decorrente. Em um juízo de causa e efeito, tudo o que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos.

Por esta teoria, de origem na Suprema Corte norte-americana (UNITED STATES SUPREME COURT, 1920), a prova ilícita produzida (árvore) tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos). Desse modo, se da busca e apreensão ilícita são obtidos documentos que indiquem a existência de testemunha ocular do crime, a oitiva desta testemunha, embora formalmente íntegra, estará inegavelmente contaminada, pois decorreu de uma prova ilícita. Existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro, conforme entendimento também acolhido pelos Tribunais Superiores (STF – HC 93.050 –

Rel. Min. Celso de Mello – *DJe* 1º-8-2008 e STJ – HC 191.378 – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – *DJe* 5-12-2011).

Devemos registrar a divergência quanto ao tema, ainda que constitua corrente minoritária (RANGEL, 2003, p. 421). Para parte da doutrina, a Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. LVI, só vedou a admissibilidade das provas ilícitas, não dispondo acerca das provas ilícitas por derivação, de forma que não haveria o nexo necessário a contaminar as provas derivadas de uma ilícita. Esta omissão levaria ao afastamento da contaminação da prova derivada pela prova ilícita que lhe deu origem.

A rigidez de uma ou outra interpretação pode levar a consequências processuais desastrosas. Se é certo que as provas derivadas da ilícita sofrem o mesmo apelo de exclusão, já que também são imprestáveis, deve o magistrado dar os limites desta contaminação, identificando, no caso concreto, a extensão do dano, que está ligado ao grau de vínculo existente entre a prova antecedente e a consequente. Afastado o nexo, afastada estará a ilicitude. Estas regras de exclusão foram disciplinadas na jurisprudência norte-americana e passam a ter incidência na doutrina e jurisprudência brasileiras. Com a reforma, evidenciou-se o tratamento da teoria da prova ilícita por derivação, até então ausente, sem descurar das regras de exclusão. Esta é a nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008 ao art. 157 do CPP:

Art. 157. 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.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela 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.

Percebe-se claramente a intenção do novel legislador em albergar a teoria dos frutos da árvore envenenada, consolidando o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito, caindo por terra as posições em sentido contrário. Por ora, limitamo-nos a dizer que com a adoção da referida teoria, se a

contaminação probatória for ampla, faltará verdadeira justa causa para a deflagração da ação penal, de sorte que a inicial acusatória deve ser rejeitada caso os elementos informadores sejam contaminados pela extensão da prova ilícita, com arrimo no art. 395, em nova redação dada pela Lei n. 11.719/2008. Deflagrado o processo, e faltando-lhe lastro probatório mínimo, pois o coligido está contaminado, o remédio é o *habeas corpus*, com o fito de trancar o procedimento iniciado.

8.1.1 Teorias decorrentes

A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, para que não soe como arbítrio. A sua incidência sofre várias limitações, “como a limitação da fonte independente (*‘independent source’ limitation*), a limitação da descoberta inevitável (*‘inevitable discovery’ limitation*) e a limitação da ‘contaminação expurgada’ (*‘purged taint’ limitation*) ou, como também é denominada, limitação da conexão atenuada (*‘attenuated connection’ limitation*)” (PACHECO, 2006, p. 726-727).

Nessa ordem, temos:

- (i) *Prova absolutamente independente*: se existirem provas outras no processo, **independentes** de determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais.

A existência de prova ilícita no processo não levará, de forma inexorável, a declaração de nulidade. A prova ilícita, como já visto, não deve sequer ser admitida a entrar nos autos. Caso isso ocorra, deve ser desentranhada e posteriormente destruída, com acompanhamento facultativo das partes (art. 157, § 3º). O magistrado deve aferir os limites de interdependência do material probatório. Se a prova ilícita é isolada e se as demais provas obtidas independem da sua contribuição, não há de se falar em prejuízo. Desta forma, “não evidenciado o nexo” (art. 157, § 1º), a contaminação está eliminada.

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente (*independent source limitation*), não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita.

Nos Tribunais Superiores (STJ – Rcl 2.988 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – *DJe* 30-5-2011), encontramos precedentes da presente teoria, tendo o Supremo Tribunal Federal admitido, inclusive, o aproveitamento de denúncia que estava lastreada em provas distintas e independentes da ilícita, que no caso tratava do cumprimento de busca e apreensão sem as formalidades legais (STF – HC 84.679 – Rel. Min. Eros Grau – *DJ* 30-9-2005).

(ii) *Descoberta inevitável*: se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real com a violação legal. A prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la. Ex.: não se devem reconhecer como ilícita as declarações de testemunha que foi descoberta mediante interceptação telefônica sem autorização judicial, se esta pessoa foi indicada por várias outras, não vinculadas à interceptação, como testemunha do fato. Mesmo que a interceptação não existisse, a testemunha seria revelada pelas declarações das demais. A interceptação acabou não sendo decisiva para o descobrimento desta pessoa, que inevitavelmente figuraria como testemunha, já que as demais a indicaram como tal.

Agrega-se, com a descoberta inevitável, outro ponto de vista quando em comparação com a teoria anterior. É que, na prova independente, não existe liame entre a prova ilícita e as demais. Na descoberta inevitável, o nexó existe, mas não é decisivo, pois a prova derivada, mesmo que a ilicitude não se operasse, ainda assim seria produzida dentro da lei. Era apenas uma questão de tempo.

Outra tese que, em consonância com a jurisprudência da Suprema Corte americana, serve para dar flexibilidade à teoria dos frutos da árvore envenenada é a doutrina do descobrimento inevitável (*inevitable discovery*). Tal ocorre quando, sem embargo do procedimento ilegal empregado para o descobrimento do fato, é possível obter-se a prova de forma lícita (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 505).

A evidente dificuldade é que caberá ao magistrado, analisando as circunstâncias do caso concreto, definir se realmente a inevitabilidade da descoberta existia, ou se a prova ilícita trouxe, de alguma maneira, um fator contributivo para descortinar as demais provas que surgiram. Se houve

contribuição efetiva, o vínculo de contaminação estará integralizado. Ademais, não acreditamos que bastaria o simples fato de a prova derivada poder ser descoberta de outra maneira para a ilicitude estar afastada. Uma conclusão de tal ordem é por demais indeterminada, podendo levar a um aproveitamento da prova derivada de uma ilícita quase sempre, pois outras possibilidades para descobrir a prova quase sempre existem, e a discussão jurídica se resolveria em especulação. O que se deve demonstrar, de forma cabal, é que o encontro dos demais elementos probatórios era uma questão insofismável, em face da interligação entre outras provas, ou por fruto de investigações ou fontes de produção autônomas.

A reforma, inserindo o § 1º ao art. 157, reconhece a teoria da descoberta inevitável, incorrendo, entretanto, no vício de contentar-se com a mera possibilidade das provas derivadas serem produzidas de outra maneira, por fontes independentes, para que a contaminação seja afastada, tornando frágil e por demais insegura a abrangência da mácula.

(iii) *Contaminação expurgada ou conexão atenuada*: é possível que o vínculo entre a prova ilícita e a derivada seja tão tênue ou superficial que acabe não havendo contaminação. Esta seria expungida. Perceba-se que a ausência de vínculo não é absoluta. Ele existe, porém acaba sendo tão insólito que é irrelevante, preservando-se a licitude da prova derivada.

Nas exceções trazidas com a reforma (art. 157, § 1º, CPP), não vislumbramos guarida a esta teoria. Percebe-se claramente na jurisprudência estadunidense o esmero em excepcionar os rigores da teoria dos *fruits of the poisonous tree*, na visão do aproveitamento máximo da prova derivada, e na concepção empírica abre perigoso vértice de exceções, conferindo ao magistrado ferramentas de contenção dos efeitos da ilicitude. Tal gestão, administrada no Brasil, pode levar, por via oblíqua, a colocar em tábula rasa o mandamento constitucional de vedação das provas ilícitas, já que a prova derivada é espécie deste gênero.

(iv) *Boa-fé (good faith)*: objetiva-se aqui evitar o reconhecimento da ilicitude da prova, caso os agentes de polícia ou da persecução penal como um todo tenham atuado destituídos do dolo de infringir a lei, pautados verdadeiramente em situação de erro.

É o caso, por exemplo, da polícia que cumpre mandado de busca residencial para apreender animais silvestres mantidos irregularmente em cativeiro, mas acaba apreendendo computadores que poderiam revelar um esquema de

sonegação fiscal. Os requisitos do mandado de busca e apreensão vêm previstos no art. 243 do CPP, definindo os limites intransponíveis da diligência.

Caso sejam encontrados elementos que caracterizem crime em situação de flagrância, como daquele que armazena em casa substância entorpecente para comercialização, estará constitucionalmente autorizada a intervenção, não em razão do mandado que tinha outro objetivo, e sim por força do art. 5º, XI, da Constituição Federal, que autoriza o ingresso domiciliar, a qualquer hora do dia ou da noite, para que se efetive a prisão em flagrante. Nos demais casos, entendemos, deve a autoridade envolvida na diligência provocar o juiz para que se obtenha uma ampliação do mandado, em razão dos novos elementos eventualmente descobertos, possibilitando assim, com a ordem judicial expressa, captarem-se os demais elementos.

Sobre o tema, Walter Nunes lembra que “o assunto fez parte da discussão encetada no caso Collor. Com efeito, naquela oportunidade, discutiu-se, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a validade da degravação dos dados da memória de computadores que foram apreendidos em uma das empresas de Paulo César Farias. O problema ali sublinhado foi de que os computadores não haviam sido apreendidos em diligência dos agentes policiais acobertados por mandado de busca e apreensão. Em verdade, os equipamentos de informática foram recolhidos por agentes fiscais, sob suspeita de que eles tinham sido importados sem o devido pagamento do Imposto de Importação, o que, em tese, no nosso ordenamento jurídico, caracteriza o crime de descaminho. Essas máquinas, posteriormente, foram encaminhadas pelos agentes fiscais para os policiais federais, o que foi bastante para se entender que as provas derivadas da recuperação da memória dos equipamentos de informática eram ilícitas, posto que a autoridade policial, para dispor dos microcomputadores que estavam guardados em escritório profissional, teria de ter empreendido, antes, diligência no local com base em mandado de busca e apreensão” (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 511).

A boa-fé, como se conclui, não pode sozinha retirar a ilicitude da prova que foi produzida. A ausência de dolo por parte do agente não afasta a contaminação, posto que são imprescindíveis não só a boa-fé subjetiva, mas também a objetiva, que é o respeito à lei na produção do manancial probatório.

8.2 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

A proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) ganhou desenvoltura e disciplina na jurisprudência e doutrina alemãs, adaptada ao Direito judicial

estadunidense como teoria da proporcionalidade (*balancing test*), funcionando como regra de exclusão à inadmissibilidade das provas ilícitas, quando, sopesando o caso concreto, chegue-se à conclusão que a exclusão da prova ilícita levaria à absoluta perplexidade e evidente injustiça.

A noção de proporcionalidade é aplicável quando há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, impondo ao intérprete três exames essenciais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2007, p. 161).

Por sua vez, salienta Robert Alexy que “A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão” (ALEXY, 2008, p. 117).

O conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. Nesta linha, se de um lado estão o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, e do outro o *status libertatis* do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício.

Como asseguram Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, “não deixa de ser, em última análise, manifestação da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros” (apud D’URSO, 2007, p. 124).

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado, na sua essência, para preservar os interesses do acusado. Nesse sentido, não há discrepância doutrinária ou jurisprudencial (concepção da prova ilícita utilizada *pro reo*). Na ponderação axiológica, a violação legal para produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para manutenção do *status* de inocência. Sabe-se, contudo, que já se tem invocado o princípio em exame para

tutelar os interesses da acusação (*pro societate*). A nosso ver, é uma contradição em termos, pois se é sabido que algumas modalidades de atividade criminosa exigem um aparato de produção probatória mais eficiente, como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes etc., estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime.

A proteção da sociedade está mais bem amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos. Afinal, os criminosos integram o corpo social. Flexibilizar os direitos de alguns, como já acontece com o “bode expiatório” das organizações criminosas, que são invocadas toda vez que se quer justificar ilegalidade ou mitigação de direitos, é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos.

Dessa maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arrepio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Devem-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. O balanceamento deve ser checado não só na conclusão solar de que a proibição da prova ilícita não deve prosperar diante de uma possível condenação injusta, mas também nos meios utilizados para obtenção desta prova, bem como o prejuízo provocado por eles. Havendo desproporção, a prova não deve ser utilizada. Ademais, a prova ilícita utilizada para demonstrar a inocência, amparada pela proporcionalidade, não pode servir para prejudicar terceiros. Os efeitos são limitados à obtenção da inocência, não cabendo a utilização desta prova para demonstrar a culpa de outrem, no mesmo ou em outro processo, pois seria verdadeira proporcionalidade às avessas (LOPES JR., 2007, p. 568).

A ponderação de interesses dá vazão a uma ampla fluidez e instabilidade de garantias, podendo visivelmente albergar arbítrios na concepção utilitária e maniqueísta, já ressaltada, entre interesse social, contrapondo-se aos do réu.

A proporcionalidade invocada como capa da condenação acaba por remontar o discurso da possibilidade de exilar do manto constitucional algumas pessoas que, pelo grau de periculosidade, devem ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, não cidadãos, e, portanto, à margem do núcleo básico de proteção aos direitos individuais. É o pensamento de Jakobs, quando prega o Direito penal do inimigo como “reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos

especialmente perigosos que nada significam” (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 70-71).

8.3 Teoria da exclusão da ilicitude da prova

Informa que a prova, aparentemente ilícita, deve ser reputada como válida, quando a conduta do agente na sua captação está amparada pelo direito (excludentes de ilicitude).

Percebe-se que a ilicitude é apenas aparente, ficta, pois a legítima defesa, o estado de necessidade etc. (causas justificantes) autorizariam a medida.

Imaginemos que o réu tenha que praticar conduta típica, como a violação de domicílio, prevista legalmente como crime (art. 150, CP), para produzir prova fundamental em favor de sua inocência. Estaria suprimindo um bem jurídico alheio (tutela domiciliar), para salvaguardar outro bem jurídico (liberdade), em face de um perigo atual (a existência de persecução penal), ao qual não deu causa, e cujo sacrifício não era razoável exigir. Está em verdadeiro estado de necessidade, que vai excluir a ilicitude da conduta. A prova produzida é lícita, válida, valorável em qualquer sentido (RANGEL, 2003, p. 423).

9. Prova emprestada

É aquela produzida em um processo e transportada documentalmente para outro. A prova pode assim ser importante a mais de um processo. A eficiência da instrução criminal e a colaboração da justiça levam à admissibilidade do empréstimo probatório. Compartilhar provas entre processos pode ser de grande utilidade, mas não pode se tornar um expediente de comodidade. Havendo justificativa plausível, o empréstimo será oportunizado. Pode ser patrocinado o empréstimo probatório, até mesmo de um processo cível a um criminal.

São requisitos para o empréstimo da prova:

- ♦ *mesmas partes*: as partes devem ser as mesmas em ambos os processos, tanto no que empresta quanto naquele que vai recepcionar a prova emprestada;
- ♦ *mesmo fato probando*: o fato demonstrado pela prova que se quer emprestar deve ser relevante aos dois processos. Ex.: uma fotografia do criminoso no local do fato pode ser importante tanto para o processo pelo homicídio quanto para outro processo por vilipêndio de cadáver. O fato provado, qual seja, a presença do indivíduo em determinado local, é importante para a demonstração dos dois crimes, apreciados em feitos

distintos;

- ♦ *o contraditório no processo emprestado deve ter sido respeitado*: só pode haver o empréstimo da prova que foi produzida sob o crivo do contraditório. Logo, não há empréstimo de prova de um inquérito a um processo, afinal, o procedimento investigativo preliminar é regido pela inquisitorialidade. O empréstimo é entre processos;
- ♦ *os requisitos formais de produção probatória tenham sido atendidos no processo emprestado*: ou seja, a norma que rege a produção da prova deve ter sido rigorosamente respeitada para que se possa falar em empréstimo. Ex.: se o laudo pericial for subscrito por apenas um perito não oficial, por evidente violação à formalidade essencial na produção da prova técnica, que exige a participação de ao menos dois peritos juramentados, esta não poderá ser emprestada.

Questão interessante é saber quais os reflexos no processo que recebe a prova emprestada, caso o processo emprestado seja declarado nulo. Basta indagar se a nulidade contaminou ou não a instrução do processo onde a prova foi produzida. Imaginemos que o processo cedente tenha sido anulado em razão de incompetência relativa do juízo. Por força do art. 567 do CPP, só os atos decisórios serão imprestáveis, aproveitando-se os atos instrutórios. Nesse cotejo, a prova emprestada será válida, e o processo que a recebeu estará intacto. Já se a nulidade do processo emprestado é absoluta, atingindo inclusive a instrução, a prova estará viciada, e os efeitos do vício podem se refletir ao processo emprestado, se a prova foi valorada e se refletiu na decisão (RANGEL, 2003, p. 433-434).

10. Ônus da prova

O ônus da prova é o encargo atribuído à parte de provar aquilo que alega. A demonstração probatória é uma **faculdade**, assumindo a parte omissa as consequências de sua inatividade, facilitando a atividade judicial no momento da decisão, já que aquele que não foi exitoso em provar, possivelmente não terá reconhecido o direito pretendido. O ônus, como se percebe, não se confunde com a noção de obrigação, já que a obrigação descumprida configura ato contrário ao direito, passível de imposição de penalidade (ex.: a testemunha tem a obrigação – e não o ônus – de dizer a verdade, respondendo pelo crime de falso testemunho se mentir) (AVENA, 2011, p. 479).

A prova da alegação é incumbida a quem a fizer (art. 156, 1ª parte, CPP). No

processo penal, a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa conduz a que a acusação demonstre a autoria; materialidade (existência da infração); dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena. Nesse sentido: “Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda a prova de acusação, aí figurando, claro é, o ônus de provar a qualificadora” (STJ – REsp 1.111.665/SP – Rel. Min. Nilson Naves – *DJe* 23-11-2009).

Enquanto isso, a defesa deve preocupar-se em demonstrar eventuais excludentes de ilicitude; de culpabilidade; causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena ou, sendo o caso, a própria inexistência do fato ou desclassificação para outra infração penal.

ÔNUS DA PROVA	Acusação	Fatos constitutivos da pretensão punitiva: autoria, materialidade, causas de exasperação da pena, dolo ou culpa.
	Defesa	Fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão punitiva: excludentes da ilicitude, de culpabilidade, causas extintivas da punibilidade, elementos de mitigação da pena.

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor rei. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incs. II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição.

Corrente minoritária (JARDIM, 2002, p. 211-214), com a qual compartilhamos, atribui o ônus da prova exclusivamente à acusação. Nesta linha de raciocínio, se da denúncia consta a imputação do crime de homicídio e a defesa alega que o fato foi cometido sob o amparo da legítima defesa, seria de

responsabilidade do Ministério Público (e não da defesa, parte que suscitou a alegação) a comprovação de que a conduta fora ilícita. Apesar da posição aqui assumida ser a mais consentânea com a atual ordem constitucional, a posição em contrário tem prevalecido, distribuindo-se o ônus da prova entre acusação e defesa.

Importante anotar que não há previsão, no ordenamento processual penal, da inversão do ônus da prova, como sói ocorrer no processo civil – especialmente no direito do consumidor. Assim, deve-se refutar plenamente a noção de que, recebida a inicial acusatória, ocorreria a inversão do ônus da prova para a defesa (STJ – RHC 22.982 – Rel. Min. Jane Silva (Des. Convocada do TJ/MG) – *DJe* 13-10-2008). Sendo princípio constitucional a presunção de inocência, a citada inversão sequer poderia ser criada pelo legislador infraconstitucional.

11. Iniciativa do juiz

A trajetória na busca da estabilidade faz do ser humano um signatário do ideal da verdade. Descortinar os fatos para que se demonstre, no processo, o que realmente aconteceu, materializa uma das finalidades da persecução penal em juízo. Entretanto, o conceito de verdade não é unívoco, e os limites do seu alcance perpassam pela atuação dos sujeitos processuais na produção probatória.

Deve-se avivar de pronto, como faz Maria Elizabeth Queijo, lembrando as lições de Sabatini, que a “certeza é a apreensão e a consciência da verdade. É um estado de ânimo, que se apresenta quando se forma o convencimento de se ter atingido a verdade. Desse modo, o convencimento relaciona-se à dinâmica psicológica, resolvendo-se em função do intelecto, enquanto a certeza, representação interna da verdade, reporta-se à estática psicológica, em estado de consciência. Assim, a certeza poderá existir sem que o indivíduo consiga declinar os motivos determinantes de seu convencimento” (QUEIJO, 2004, p. 29).

Por outro lado, a dicotomia entre verdade formal e verdade material deve ganhar nova roupagem. Enquanto a primeira, normalmente vinculada à esfera extrapenal, na qual são versados em regra direitos disponíveis, incorreria no reducionismo da atuação das partes em empreender esforço probatório na busca da demonstração fática e/ou jurídica, a segunda contaria com a proatividade do órgão julgador, que de mero espectador passaria a atuar, inclusive de ofício, no esforço conjunto de revelar o ocorrido, em homenagem ao princípio da livre investigação probatória. Em sede penal, portanto, na qual os interesses em jogo

são indisponíveis, caberia ao julgador ser intransigente com meras especulações ou ilações quanto aos fatos, para que se reconstrua nos autos o que realmente aconteceu quando da ocorrência do delito. Nessa lógica, a verdade formal seria a verdade dos autos, ao passo que a verdade material lhe seria antecedente, é a verdade empírica, vinculada aos fatos, à realidade.

Para Ferrajoli, a “impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal inalcançável’” (FERRAJOLI, 2006, p. 52). Após Einstein, de fato, tudo é relativo (LOPES JR., 2007), e a construção da verdade deve servir como expressão conjuntural do manancial probatório trazido aos autos e que permite, dentro do possível, a formatação do convencimento do julgador. Não se deve admitir que a verdade processual seja distanciada do conceito de verdade material, ou que esta não permeasse o processo. A verdade do processo, como conclui Ferrajoli, “pode ser concebida como uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência” (FERRAJOLI, 2006, p. 53).

Não se deve descurar, entretanto, que a busca da verdade, processual ou material, assumindo este ponto aproximativo, não pode levar o magistrado a refugar o seu papel constitucional, travestindo-se em juiz inquisidor e perdendo a necessária imparcialidade para apreciar o feito. O tênue limite entre a busca da verdade e a fronteira de resguardo ao sistema acusatório e a repartição de poderes deve ser reavivado, a fim de evitar arbítrios e impedir que a prova produzida pelo juiz que perdeu os limites da fronteira venha transmutar-se em prova ilícita.

Nesse contexto, a reforma do CPP, trazida pela Lei n. 11.690/2008, dando nova redação ao art. 156, permitiu ao magistrado, ainda no curso do inquérito policial, determinar a produção antecipada das provas reputadas urgentes, em medida de cautelaridade extrema, na expectativa de que não haja perecimento, observando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O ato deve ser encarado de forma estrita, para que uma suposta busca incondicional da verdade não dispa o magistrado dos valores inerentes ao mister jurisdicional. Da mesma forma, no curso do processo, poderá o magistrado determinar a produção probatória de ofício, para dirimir eventual dúvida acerca de ponto relevante.

Trata-se de visível atuação secundária à das partes, na expectativa de consolidar a dinâmica do convencimento e que não pode olvidar a obrigatoriedade de submeter à apreciação do órgão acusador e da defesa o material colhido, fazendo valer o contraditório. Não poderá o juiz substituir-se à

atuação das partes na produção probatória. A proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento do feito. O sistema acusatório atribui ao titular da ação a diligência necessária na produção probatória. Se não pode o magistrado fechar os olhos à verdade, também não poderá, sob pena de estar maculado subjetivamente, construir por força própria todo o manancial probatório que é levado aos autos.

Nesse sentido, Geraldo Prado tece severa crítica ao dispositivo: “o art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro, em sua parte final, que contempla o juiz com poderes probatórios, na linha do art. 209 do mesmo código, é fruto do processo penal do Estado Novo, período autoritário em que a supressão das liberdades contava com o apoio do Sistema de Justiça Penal, para fazer valer os interesses da ditadura Vargas” (PRADO, 2006, p. 140).

Se o fizer, deve ser afastado, em razão de impedimento (art. 254, IV, CPP) ou suspeição (art. 252, CPP). Não é necessário nem recomendado ao juiz, em prol do réu, atuar como verdadeiro defensor, tomando a frente da iniciativa probatória. Como na dúvida ele deve absolver o demandado, a debilidade probatória da acusação em demonstrar os elementos que caracterizam o crime, por si só, militará em favor da defesa. Nessa linha, a atividade do juiz na determinação da prova continua sendo complementar.

12. Sistemas de apreciação da prova

A gestão da prova e a respectiva apreciação pela autoridade judicial sofrem variações a depender do sistema adotado. As regras de valoração da prova demonstram a transparência no ato de julgar, revelando o porquê do convencimento que deu ensejo ao provimento jurisdicional, funcionando como fator de conformação das partes e de fiscalização do órgão judicante. Vejamos os principais sistemas.

12.1 Sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção

O juiz está absolutamente livre para decidir, despido de quaisquer amarras, estando dispensado de motivar a decisão. Pode utilizar o que não está nos autos, trazendo ao processo os seus preconceitos e crenças pessoais. A lei não atribui valor às provas, cabendo ao magistrado total liberdade. É o sistema que preside, de certa forma, os julgamentos pelo Tribunal do Júri em sua segunda fase, na atuação dos jurados, pois estes votam os quesitos sigilosamente, sem

fundamentar.

12.2 Sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada

A lei estipula o valor de cada prova, estabelecendo inclusive hierarquia entre estas, aniquilando praticamente a margem de liberdade apreciativa do magistrado. Cabe à norma, previamente, aquilatar o grau de importância do manancial probatório, restando ao juiz, de forma vinculada, atender ao regramento. Por esse sistema, pode se estabelecer a prova adequada para demonstrar determinado fato ou ato, fazendo-se antecipada distinção qualitativa entre as provas. É o que ocorre com a previsão do art. 158 do CPP, ao exigir, nos crimes que deixam vestígios, que a materialidade seja provada com a realização de exame de corpo de delito, não servindo a confissão para suprir eventual omissão. A lei diz a prova adequada à demonstração da materialidade, rejeitando a confissão e elegendo a perícia como o meio a ser utilizado. Caso não seja possível a realização da perícia, as testemunhas podem ser utilizadas, a confissão jamais (art. 167, CPP). É sem dúvida um resquício do sistema da prova tarifada.

12.3 Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional

É o sistema reitor no Brasil,² estando o juiz livre para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma motivada (art. 93, IX, CF). É o que se extrai do art. 155, do CPP, *in verbis*:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Redação trazida pela Lei n. 11.690/2008).

A liberdade do julgador lhe permite avaliar o conjunto probatório em sua magnitude e extrair da prova a sua essência, transcendendo ao formalismo castrador do sistema da certeza legal. Não existe hierarquia entre as provas, cabendo ao juiz imprimir na decisão o grau de importância das provas produzidas. Quanto aos elementos informativos colhidos na fase preliminar, não

devem ser valorados na sentença, afinal, não foram passíveis de contraditório nem ampla defesa e sequer estão no altiplano das provas. E não se diga que se trata só das decisões condenatórias, pois para absolver, como a dúvida milita em favor do réu, não seria necessário o magistrado socorrer-se àquilo que foi trazido pelo inquérito, e se o fizer, neste caso, não haverá prejuízo. A exceção se deve às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A peculiaridade da investigação e os efeitos deletérios que o decurso do tempo poderia causar autorizam, de forma excepcional, a realização de medidas cautelares como a busca e apreensão ou a interceptação telefônica, em razão da necessidade e urgência, para que os elementos não venham a se esvaír. Da mesma forma, as provas irrepetíveis, que não podem ser refeitas na fase processual por impossibilidade material, como a perícia em vestígios que facilmente irão desaparecer, serão transplantadas para o processo, sendo mais uma exceção da imprestabilidade dos elementos colhidos na fase preliminar. Advirta-se, mais uma vez, que tais elementos só ganham o *status* de prova quando submetidos, na fase processual, ao contraditório (diferido) e à manifestação da defesa. Busca-se ainda, por meio do incidente de produção antecipada de provas, evitar o perecimento probatório, sendo que tal incidente tramita perante o magistrado, com colaboração efetiva das futuras partes, resguardando-se, portanto, na realização do incidente, o contraditório e a ampla defesa, eliminado qualquer obstáculo para utilização dos frutos do incidente na fase processual. Afora essas hipóteses, não se deve aproveitar mais nada do inquérito na prolação da sentença, e a interpretação do art. 155, CPP, *caput*, não pode ser outra, sob pena de afronta cabal à Constituição Federal.

Essa liberdade, por sua vez, não é sinônimo de arbítrio, cabendo ao magistrado, alinhado às provas trazidas aos autos, fundamentar a decisão, revelando, com amparo no manancial probatório, o porquê do seu convencimento, assegurando o direito das partes e o interesse social.

13. Princípios da prova

13.1 Princípio da autorresponsabilidade das partes

As partes assumem as consequências de sua inação. A frustração ou o êxito estão ligados à conduta probatória do interessado no transcorrer da instrução. Assim, se a parte acusadora não diligenciar na produção das provas que conduzam à incriminação, naturalmente assistirá à absolvição do réu.

13.2 Princípio da audiência contraditória

Toda prova produzida deve ser submetida ao crivo do contraditório, com oportunidade de manifestação da parte contrária.

13.3 Princípio da aquisição ou comunhão

A prova não pertence à parte que a produziu, e sim ao processo. Se a parte deseja desistir de prova que tenha proposto, a parte contrária deve obrigatoriamente ser ouvida. Em havendo aquiescência, ainda assim o magistrado poderá determinar de ofício a realização da prova. Deve ser analisada com cautela a previsão do art. 401, § 2º, do CPP, autorizando que a parte desista de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvando apenas a possibilidade do magistrado determinar a oitiva de ofício. Apesar da omissão legal, se a parte contrária insistir na oitiva, a testemunha deve ser ouvida, em atenção ao princípio da comunhão.

13.4 Princípio da oralidade

Deve haver a predominância da palavra falada, produzida perante o juiz, a exemplo do interrogatório e da prova testemunhal – ou, eventualmente, do esclarecimento dos peritos. Inicialmente, a oralidade ganhou destaque por ser alçada à condição de critério reitor dos Juizados Especiais Criminais, *vide* art. 62 da Lei n. 9.099/95. Com a reforma do Código de Processo Penal, especialmente com a Lei n. 11.719/2008, a oralidade ganhou ainda maior relevância, devendo ser fracionada em dois subprincípios:

- (i) *subprincípio da **concentração***: a produção das provas deve se concentrar em audiência única, ou no menor número delas (arts. 400, § 1º, 411 e 431 do CPP).³ Ao final da instrução, devem ser apresentadas as alegações finais também na forma oral, salvo situações excepcionais (art. 403 do CPP);
- (ii) *subprincípio da **imediatez ou imediação***: o magistrado deve estar próximo ao contexto probatório, tendo contato físico com as provas, o que permite valoração mais precisa para o momento do julgamento. O princípio da identidade física do juiz, insculpido no art. 399, § 2º, do CPP (também fruto da Lei n. 11.719/2008), ratifica a necessidade do contato direto com a prova e a vinculação do magistrado que preside a instrução com o julgamento do processo, salvo as exceções legalmente contempladas, como promoção, aposentadoria, dentre outras.

13.5 Princípio da publicidade

A regra é a publicidade dos atos, havendo, entretanto, possibilidades excepcionais de sigilação. Prevê o § 1º do art. 792 do CPP: “Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”. Há semelhante previsão de restrição ao princípio da publicidade no art. 93, IX, da CF/88, no art. 201, § 6º, do CPP, e no art. 234-B, do Código Penal.

É o que ocorre, a título de exemplo, na realização da interceptação telefônica que, por previsão do art. 1º da Lei n. 9.296/96, atenderá ao segredo de justiça. Por sua vez, impende destacar, à luz da Súmula Vinculante n. 14 do STF, que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Havendo obstáculo, poderá se valer, de regra, do mandado de segurança e da reclamação constitucional.

13.6 Princípio do livre convencimento motivado

Reconhecido no item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, permite ao magistrado liberdade para decidir, desde que o faça de forma motivada. É princípio de força constitucional, estatuído no art. 93, IX, da CF/88.

13.7 Princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo)

Pelo princípio do *nemo tenetur se detegere* (também denominado princípio da “autodefesa” pelos tribunais), ninguém pode ser compelido a se autoincriminar. Assim, por mais relevante e fundamental que seja a prova para o processo, o acusado não poderá se manter em silêncio se suas declarações implicarem em prejuízo à sua defesa.

É com base neste princípio que se torna inviável a configuração do tipo penal previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (redação dada pela Lei n. 11.705/2008, conhecida como “Lei Seca”), já que o delito exige a “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas”. Caso o motorista não se disponha a soprar o etilômetro, a autoridade policial ou

de trânsito não poderá obrigá-lo a fazê-lo, pela inexigibilidade da autoincriminação.

13.8 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas

Como mencionado em tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 vedou as provas ilícitas de forma expressa, no art. 5º, inc. LVI. O Código de Processo Penal também repetiu a vedação, nos termos do art. 157.

14. Procedimento probatório

O passo a passo da produção probatória é composto das seguintes etapas:

- (i) *Proposição*: é o momento de requerer as provas que devem ser produzidas na instrução processual, ou para realizar o lançamento aos autos das provas pré-constituídas. Normalmente o requerimento de produção probatória é apresentado na inicial acusatória, para o Ministério Público ou o querelante, e na resposta preliminar (art. 396-A, CPP), para a defesa. Essa oportunidade, contudo, em regra não é preclusiva. Nada impede que no curso do processo as partes requeiram a produção de provas, ou o magistrado determine a sua realização de ofício. As limitações a essa liberdade são exceção, a exemplo do que ocorre com a prova testemunhal, que deve ser indicada na inicial ou na defesa preliminar, pois a omissão levaria à preclusão. Ainda assim, o magistrado, mesmo que a parte não tenha arrolado a testemunha oportunamente, pode optar por ouvi-la como testemunha do juízo. A demonstração da verdade e o bom senso acabam prevalecendo.
- (ii) *Admissão*: é nessa etapa do procedimento que a autoridade judicial autorizará a realização das provas requeridas, ou a introdução aos autos das pré-constituídas. Cabe ao juiz, fundamentadamente, funcionar como filtro, verificando a admissibilidade das provas que almejam ingressar nos autos ou daquelas que ainda estão por ser produzidas.
- (iii) *Produção e contraditório*: essa é a etapa de confecção da prova que foi requerida. Nesse momento, a instrução começa a tomar concretude. Serão ouvidas as testemunhas, realizadas as acareações, perícias etc. À produção segue-se o contraditório, com as partes tomando contato e participando ativamente do que é produzido. Se a prova era pré-constituída, resta, com a admissão aos autos, a subsunção ao contraditório.
- (iv) *Valoração*: caberá ao magistrado no *decisum* manifestar-se acerca de

todas as provas produzidas, revelando o porquê do seu convencimento. Se valorar mal, de regra, dará ensejo à reforma da decisão na fase recursal, caracterizando o *error in judicando*.

Deverá ainda afastar as provas ilícitas ou ilegítimas, determinado o desentranhamento (art. 157, § 3º, CPP). Caso venha a amparar a decisão em prova que contraria a lei, haverá nulidade manifesta, em evidente *error in procedendo*.

[1](#) Para Renato Brasileiro de Lima, a atividade probatória não recai sobre os fatos, mas, sim, sobre a veracidade (ou não) da narrativa constante da peça acusatória (2011, p. 847).

[2](#) O item VII da Exposição de Motivos do CPP assim indica: “o projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da *certeza legal*. (...) nem é prefixada uma *hierarquia* de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, *prova plena* de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência”.

[3](#) Essa forma de condução da instrução já encontrava previsão legal na Lei dos Juizados Especiais (art. 81).

Capítulo 2

◆ Provas em Espécie

1. Exames periciais

1.1 Considerações gerais

É o exame procedido por pessoa que tenha conhecimentos técnicos, científicos ou domínio específicos em determinada área do conhecimento. A prova pericial assume papel de destaque na persecução penal, justamente pelo tratamento dado por nossa legislação à figura do perito, estando este sujeito à disciplina judiciária.

As perícias, como regra, passam a ser realizadas por um perito oficial, isto é, pessoa que integra os quadros do próprio Estado e que seja portadora de diploma de curso superior, sendo-lhe assegurada a autonomia técnica, científica e funcional (art. 2º, Lei n. 12.030/2009). É fundamental o nível universitário, sendo pré-requisito necessário para aqueles que almejam ingressar nos quadros da polícia técnica. Aos que já são peritos oficiais e não atendem a tal requisito, continuarão a atuar nas respectivas áreas, ressalvada a hipótese de perícia médica, em que a necessidade de diploma superior é insuperável (art. 2º da Lei n. 11.690/2008). Por sua vez, o leque de técnicos é assim distribuído: peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontologistas.

Sendo perito oficial, é necessário apenas um profissional para análise do caso e elaboração do laudo, e a exigência de dois peritos fica suprimida. Sendo a perícia complexa, abrangendo mais de uma área do conhecimento, é possível a atuação de mais de um perito oficial, cada um em sua respectiva especialidade, de sorte que na concepção macro teremos mais de um perito, contudo cada um

atuando individualmente na sua zona de domínio (art. 159, § 7º, CPP). Mesmo sendo desnecessário, nada impede que atuem dois peritos oficiais em conjunto para elaboração do laudo, ocasionando mera irregularidade.

Na perícia oficial, a investidura do *expert* é dada por lei e independe da nomeação pela autoridade policial ou judiciária, sendo o exame requisitado ao diretor da repartição, juntando-se ao processo o laudo assinado pelo perito. O perito oficial também não será compromissado pela autoridade, afinal, a assunção do compromisso se deu quando foi empossado no cargo.

Na ausência de perito oficial, a autoridade pode valer-se dos peritos não oficiais ou juramentados, é dizer, pessoas idôneas, portadoras de curso superior, leia-se, terceiro grau completo e preferencialmente na área específica, com habilitação técnica relacionada à natureza do exame, que serão, no caso concreto, nomeadas e compromissadas a bem e fielmente desempenharem o seu encargo. A ausência da colheita do compromisso é mera irregularidade, não tendo o condão de macular o laudo. Na atuação dos peritos leigos, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade. Eles continuam sendo em número de dois.

Quanto ao número de peritos participantes, o STF editou a Súmula n. 361, aduzindo que “no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão”. Vale destacar que a referida nulidade assume caráter meramente relativo, aplicando-se apenas às perícias não oficiais. A parte que se sentir prejudicada deve argui-la oportunamente, devendo demonstrar a ocorrência de prejuízo.

A Lei n. 11.343/2006, Lei de Tóxicos, nos §§ 1º e 2º, do art. 50, prevê a flexibilização legal quanto ao número de peritos e quanto ao impedimento daquele que tenha atuado na fase pré-processual, ao disciplinar a elaboração do laudo preliminar ou de constatação, afirmando que, nessa hipótese, o laudo será firmado por um só perito, oficial ou não, e este não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo. O laudo preliminar serve para dar viabilidade ao início da persecução penal. Para que ocorra condenação, entretanto, será necessária a realização do laudo definitivo, com a participação de dois peritos. Mesmo se tratando de lei especial, entendemos que pela nova disposição do art. 159 do CPP, aduzindo que o perito oficial atuará isoladamente, caso o laudo preliminar já seja elaborado por perito oficial, com apuração técnica necessária para identificação da substância entorpecente, dispensa-se a elaboração de um novo laudo (definitivo).

Exige-se dos peritos ainda a imparcialidade, sendo-lhes extensíveis as mesmas hipóteses de suspeição aplicadas aos magistrados. O perito parcial deve ser afastado por meio da competente exceção, ou de ofício pelo órgão julgador, em decisão irrecurável.

Os peritos são auxiliares do juízo, e as partes não interferem na nomeação, relevando acrescer que, nas perícias por precatória, os peritos serão nomeados no juízo deprecado, salvo nos crimes de ação penal privada, que, em havendo acordo das partes, os peritos podem ser nomeados pelo órgão deprecante. Isso não significa dizer, à toda evidência, que as partes influenciarão na definição da figura do perito. O que se admite apenas, nesta hipótese, é que as partes acordem que a nomeação ocorra pelo próprio juízo deprecante, desde que se trate de ação titularizada pela vítima.

1.1.1 Assistente técnico

A figura do assistente técnico, que até então não era disciplinada no âmbito criminal, ganhou regramento próprio, facultando-se ao MP, querelante, ao assistente de acusação, ao ofendido (ainda que não habilitado como assistente) e ao acusado a sua indicação. O assistente técnico é o perito de confiança das partes, que irá atuar com o fito de ratificar ou infirmar o laudo oficial. Como perito, deve ter nível superior, sendo que não se exige imparcialidade, já que o vínculo com a parte é da essência de sua atuação, de sorte que não há de se falar em exceção de suspeição ou impedimento do assistente. Nada impede que as Defensorias Públicas e o MP celebrem convênio com universidades e centros de pesquisa para facilitar o acesso e franca utilização dos assistentes.

A atuação do assistente ocorrerá na fase processual e após a elaboração do laudo pelos peritos oficiais. A intervenção do assistente se efetiva quando a perícia oficial já foi concluída, de sorte que cabe ao juiz, após o ingresso do laudo oficial nos autos, deliberar pela admissibilidade ou não do assistente técnico indicado, intimando as partes da sua decisão, que é irrecurável, o que não afasta a possibilidade do mandado de segurança (ou *habeas corpus*) manejado como sucedâneo recursal e a discussão da negativa em preliminar de apelação, alegando-se eventual nulidade por cerceamento do direito de defesa ou de acusação.

As conclusões do assistente serão vazadas em parecer técnico, a ser apresentado em prazo estabelecido pelo magistrado. Entendemos que a regra deve ser o prazo de dez dias, por analogia ao parágrafo único do art. 160 do CPP, ao tratar do prazo para os peritos apresentarem o seu laudo. Se houver

motivo justificado, não enxergamos obstáculo para a prorrogação, existindo requerimento neste sentido. Os assistentes também poderão ser inquiridos na audiência de instrução e julgamento, pressupondo requerimento dos interessados. Poderá haver até mesmo acareação entre os assistentes de acusação e da defesa, ou entre eles e o perito do juízo, tudo em prol do maior e melhor esclarecimento técnico possível. Estamos diante de mais um meio de prova, afinal, o magistrado, se assim estiver convencido, poderá afastar o laudo oficial e valer-se do parecer do assistente para lastrear a decisão.

Aos assistentes técnicos deve-se proporcionar toda condição de realização do seu mister, tendo acesso não só ao laudo oficial e aos autos do processo, mas também, havendo requerimento das partes, ao material probatório que serviu de base à perícia, sendo disponibilizado em ambiente do órgão oficial que detém a sua guarda, na presença do perito oficial, ressalvada a hipótese em que a conservação é impossível (art. 159, § 6º, CPP). Deve-se incluir a possibilidade de o assistente ter acesso ao local do crime, ao cadáver, e nas infrações em que a análise da própria vítima ou do infrator se faça necessária, sendo viável, deve-se permitir o acesso, no que for compatível com o direito a intimidade e a vedação de autoincriminação.

Tratando-se de perícia complexa, que envolva mais de uma área de conhecimento especializado, as partes podem indicar mais de um assistente técnico (art. 159, § 7º, CPP).

1.2 Realização das perícias

A realização da perícia vai culminar na elaboração do laudo, que deve ser produzido no prazo de dez dias, comportando prorrogação, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos e mediante autorização da autoridade. O laudo concatena tudo o que foi observado pelos peritos, sendo o produto da análise técnica, podendo ser datilografado e devendo ser subscrito e assinado pelos peritos e, se presente, pela autoridade.

Nas lições de Magalhães Noronha, no laudo se destacam quatro partes, quais sejam: “preâmbulo, exposição, discussão e conclusões. O preâmbulo ou introdução contém o nome dos peritos, seus títulos e objeto da perícia. A exposição é a narração de tudo quanto foi observado, feito com ordem e método. A discussão é a análise ou crítica dos fatos observados, com exposição dos argumentos, razões ou motivos que informam o parecer do perito. Na conclusão, ele responde sinteticamente aos quesitos do juiz e das partes” (NORONHA, 2002, p. 130).

O laudo pericial realizado antes ou durante o inquérito será carreado aos autos deste. Tratando-se de crime de ação penal privada, pode ser entregue ao requerente mediante traslado.

A perícia poderá ser autorizada pela autoridade policial ou judiciária, *ex officio* ou por provocação. Ressalvado o exame de corpo de delito, que não pode ser denegado quando a infração deixa vestígios, as demais perícias, se não necessárias ao esclarecimento da verdade, poderão ser indeferidas pela autoridade.

Já os quesitos, que são as perguntas formuladas pela autoridade ou pelas partes para resposta pelos peritos, podem ser formulados até o ato da diligência, e quando a perícia for determinada por carta precatória, os quesitos serão transcritos na carta. As partes poderão requerer ainda a oitiva dos peritos em audiência, no objetivo de responder a quesitos ou esclarecer a prova, sendo que o mandado de intimação e os quesitos ou as questões a serem esclarecidas devem ser remetidos aos peritos com antecedência mínima de dez dias (art. 159, § 5º, I, CPP). Nada impede que os peritos apresentem suas respostas em laudo complementar, o que pode ou não dispensar o seu comparecimento em audiência, a depender da necessidade do caso concreto.

Na fase do inquérito policial, tem sido predominante a negativa de oportunidade ao advogado do indiciado para formulação de quesitos, sob o fundamento de que nesta fase não há contraditório ou ampla defesa. Em que pese ser esta posição prevalente, não se deve esquecer que as perícias realizadas no inquérito são normalmente aproveitadas na fase processual (art. 155, *caput*, CPP), e com muita razão, se houver reflexo na futura situação jurídica do suposto autor do crime, deve-se oportunizar à defesa a formulação de quesitos em qualquer fase da persecução penal.

Surgindo divergências entre os peritos, devem estas ficar consignadas no auto do exame, podendo cada um elaborar separadamente o seu próprio laudo, nomeando a autoridade um terceiro perito para apreciar a matéria. Divergindo este dos outros dois, poderá o magistrado determinar a realização de um novo exame, por outros peritos. Ao que tudo indica, é uma mera faculdade a nomeação do terceiro perito ou a determinação de outra perícia, em que pese a infeliz redação do art. 180 do CPP, dando a entender que a nomeação do terceiro perito seria obrigatória. E isso se deve ao fato da liberdade do juiz para apreciação da prova, desde que motive sua decisão. Logo, se convencido do acerto de um dos peritos, mesmo presente a divergência apontada, nada lhe obriga a nomear um terceiro *expert*, o que importaria, inclusive, na

procrastinação do feito.

Havendo irregularidades no laudo, defeitos formais, omissões, obscuridades ou contradições, determinará o magistrado que sejam sanadas. Se, contudo, os defeitos forem de considerável monta, e julgando a autoridade conveniente, poderá ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos.

1.3 Apreciação dos laudos periciais

Quanto à apreciação dos laudos periciais, resta-nos saber: pode o magistrado julgar contrariamente às conclusões periciais? Dois sistemas dão resposta à indagação: o sistema vinculatorio, pelo qual o juiz estaria adstrito às conclusões dos peritos, pois haveria um vínculo indissociável ao laudo; e o sistema liberatório, adotado pelo ordenamento pátrio, conferindo liberdade ao julgador na análise do laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, afinal, o juiz é livre para decidir, desde que o faça de forma motivada. Pode até mesmo, como já afirmado, acatar o parecer técnico do assistente, que é meio de prova, afastando as conclusões do laudo oficial.

1.4 Exame de corpo de delito

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, seus elementos sensíveis, a própria materialidade, em suma, aquilo que pode ser examinado pelos sentidos. Exs.: a mancha de sangue deixada no local da infração; as lesões corporais; a janela arrombada no crime de furto etc. Já o exame de corpo de delito é a perícia que tem por objeto o próprio corpo de delito.

Se a infração deixa vestígios (infrações não transeuntes), impõe-se a realização do exame de corpo de delito, seja ele direto ou indireto (art. 158, CPP). Exame de corpo de delito direto é aquele em que os peritos dispõem do próprio corpo de delito para analisar. Os vestígios estão à disposição dos peritos para que possam realizar seu trabalho. Ex.: no crime de lesões corporais, a vítima comparece ao instituto médico legal logo após a agressão para ser analisada.

Já o exame de corpo de delito indireto é realizado com a ajuda de meios acessórios, subsidiários, pois o corpo de delito não mais subsiste para ser objeto do exame. Imaginemos, no exemplo acima, que a vítima das lesões tenha comparecido meses depois, quando então os hematomas já estavam sanados. Resta a tentativa de elaboração do laudo por outros meios, como a utilização de fotos que tenham sido tiradas à época da agressão, prontuários médicos, dentre

outros.

Em não sendo possível a realização do exame, seja o direto ou o indireto, podemos nos valer da prova testemunhal para atestar a materialidade delitiva, como dispõe o art. 167 do CPP. A confissão não se presta a este propósito, por expressa vedação legal.

Assumimos aqui a orientação de que exame de corpo de delito, seja o direto ou o indireto, contará com a atuação dos peritos e com a confecção de laudo. Esta é também a posição de Guilherme Nucci (2007, p. 362), dentre outros. A matéria, entretanto, não é pacífica, tendo prevalecido, inclusive nos Tribunais Superiores, o entendimento de que o exame indireto careceria de qualquer rigor formal, dispensando a elaboração de laudo e figurando, em alguns casos, como sinônimo de oitiva da prova testemunhal.

A corrente majoritária é representada por Eduardo Espínola Filho (1976, p. 521) e Fernando da Costa Tourinho Filho (2003c, p. 249). Consoante com o entendimento majoritário é também o art. 328, parágrafo único, do CPPM: “Não sendo possível o exame de corpo de **delito direto**, por haverem desaparecido os vestígios da infração, supri-lo-á a prova testemunhal” (grifo nosso).

1.5 Necessidade do laudo

Deixando a infração vestígios, a realização do exame direto ou indireto é obrigatória, podendo ser suprida, como já visto, pela utilização da prova testemunhal (art. 167, CPP). A não realização da perícia implicaria nulidade absoluta do processo, a teor do art. 564, III, *b*, do Código de Processo Penal, com a ressalva da possibilidade de utilização das testemunhas. Tal a saída do código, que não nos parece, contudo, a mais adequada para todos os casos. No transcorrer do processo, percebendo o magistrado a ausência do exame, a determinação *ex officio* supriria a omissão. Em não sendo possível a realização do exame, e percebendo que a materialidade não ficou demonstrada, a alternativa é a absolvição do réu, e não o reconhecimento da nulidade do processo. Por sua vez, a condenação sem a perícia implicaria nulidade insanável.

Já quanto à admissibilidade da inicial acusatória, nada impede, nas infrações que deixam vestígios, que a denúncia ou a queixa sejam recebidas sem estar acompanhadas pela prova pericial. Isso se deve porque o exame pode ser realizado no curso do processo. Contudo, se a lei exigir como condição de procedibilidade ao início do processo a prévia realização do laudo, a sua presença, lastreando a denúncia ou a queixa, será obrigatória. Caso contrário, a exordial deve ser rejeitada. É o que ocorre com as infrações contra a propriedade

imaterial que deixam vestígios (art. 525, CPP). O mesmo acontece na Lei n. 11.343/2006 (tóxicos), em que o laudo de constatação é requisito essencial para a lavratura do flagrante e para a oferta da denúncia (art. 50, § 1º).

1.6 Outras perícias

O CPP traça regras para a realização de outras perícias. Elas têm por objeto, na sua essência, a análise dos vestígios deixados pela infração, sendo no geral exame de corpo de delito. Por suas peculiaridades, têm tratamento diferenciado. Vejamos as mais importantes.

1.6.1 Exame necroscópico

O exame necroscópico ou cadavérico é aquele com o objetivo de indicar a causa da morte.

Para evitar risco de realizar o exame em pessoa viva (morte aparente), deve-se aguardar seis horas após a constatação do óbito para proceder-se ao exame. Havendo evidência da morte, devidamente justificada pelo perito no auto, dispensa-se a espera.

A autópsia é composta do exame externo cadavérico e do exame interno (visceral). Excepcionalmente, o exame interno poderá ser dispensado nas seguintes hipóteses:

- (i) Havendo morte violenta (não natural), quando não há crime a apurar. Ex.: suicídio.
- (ii) Mesmo havendo crime a apurar, o exame interno é dispensado quando a análise externa for suficiente para precisar a causa da morte, desde que inexistir circunstância relevante que precise ser esclarecida pelo exame visceral. Ex.: carbonização cadavérica, não havendo suspeita de que o motivo da morte seja outro.

Para facilitar a futura elaboração do laudo, os cadáveres serão fotografados onde forem encontrados, e, sempre que possível, todas as lesões externas e vestígios que permeiam o local da infração. Esses elementos fotográficos vão instruir o laudo, sem prejuízo de esquemas ou de desenhos realizados para elucidar o acontecido. Estes últimos devem seguir devidamente rubricados pelos peritos.

Exumação

Exumar significa desenterrar o cadáver, contrapondo-se à inumação, que é o

seu enterro ou o sepultamento. Excepcionalmente, pode se fazer necessária a exumação, objetivando identificar a real causa da morte, ou em que circunstâncias esta teria ocorrido, assim como identificar a pessoa que se encontra sepultada. É medida que necessita de justa causa, e a sua realização fora das disposições legais constitui contravenção penal (art. 67, LCP). Configura-se a mesma contravenção penal quando ocorre a inumação (sepultação, oposto de exumação) sem obediência às regras legais.

A determinação da exumação compete à autoridade policial ou judiciária. Acreditamos que o Ministério Público também poderá fazê-lo, afinal, se o promotor pode requisitar diligências diretamente ao delegado, também poderá, em interface direta com o instituto de criminalística, requisitar exumação. De qualquer sorte, a diligência será conduzida pela autoridade policial, da qual será lavrado termo circunstanciado. Sendo a exumação realizada em cemitério público ou particular, o administrador será convocado a indicar o local onde se encontra enterrado o cadáver, e, criando obstáculo, cabe a responsabilização por desobediência (art. 330, CP). Estando o cadáver enterrado em local ermo, como cemitérios clandestinos ou pontos de desova, deve a polícia proceder às pesquisas necessárias para encontrá-lo, fazendo constar no auto.

Havendo dúvida quanto à identidade do cadáver exumado, este deve ser devidamente identificado, podendo a autoridade valer-se de todos os meios à sua disposição, como impressões datiloscópicas, exame de arcada dentária, DNA, ou até mesmo pela prova testemunhal, lavrando-se o auto de reconhecimento e de identidade, em que se fará constar a descrição cadavérica, confrontações, sinais e indicações encontrados no corpo, além das pessoas que participaram do feito.

Admite-se ainda, para facilitar a identificação, que sejam arrecadados todos os objetos encontrados com o cadáver, pois são ferramentas úteis para o reconhecimento por familiares ou pessoas próximas.

1.6.2 Exame de lesões corporais

As lesões corporais são classificadas em leves, graves e gravíssimas. Se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto ou insuficiente para precisar num primeiro momento a real gravidade da lesão, pela impossibilidade de se aferir as consequências reais da agressão, será patrocinado o exame complementar de lesões corporais, dispondo os peritos do auto de corpo de delito anteriormente realizado. O objetivo é aferir com segurança o nível da lesão, complementando-se o laudo anterior. Imaginemos uma lesão por disparo de arma de fogo que tenha causado, pelo laudo inicial, debilidade permanente de um membro. Logo

depois, e em razão do trauma causado, o membro acaba sendo amputado, caracterizando lesão gravíssima em razão da perda do membro atingido. Nessa hipótese, necessária se faz a realização do exame complementar, para o devido enquadramento na qualificadora apontada (art. 129, § 2º, III, CP).

Tratando-se da lesão corporal grave por ocasionar a impossibilidade para o desempenho das ocupações habituais por mais de 30 dias (art. 129, § 1º, I, CP), logo que completado o referido lapso temporal, deve ser realizado novo exame, para atestar justamente a gravidade da lesão. Se não houver o exame complementar, haverá a desclassificação da infração. O exame realizado antes de 30 dias é ineficaz. Feito de forma intempestiva (2 ou 3 meses depois), quando a pessoa já estava recuperada, é considerado como perícia não realizada.

O exame complementar pode ser determinado de ofício, pelo juiz ou delegado, ou a requerimento do MP, ofendido, acusado, ou do defensor. Sua não realização, por terem desaparecido os vestígios, pode ser suprida por prova testemunhal (art. 168, § 3º, CPP).

1.6.3 Perícia em incêndio

O crime de incêndio encontra-se previsto no art. 250, CP, e diversas peculiaridades circundam a matéria, não só para a ocorrência do enquadramento típico, como a exposição a perigo de vida, integridade física ou patrimônio de outrem; para a incidência de causas de aumento, como o provocado em edifício público ou em lavoura; e na constatação da intenção do agente, já que o incêndio culposo também é apenado.

Nessa linha, os peritos procurarão identificar as causas, o local do início, o perigo causado à vida e ao patrimônio alheio, a dimensão do dano e o seu valor (até mesmo para estipular o valor indenizatório mínimo, previsto no art. 387, IV, CPP), além das demais circunstâncias relevantes para elucidar o fato.

1.6.4 Perícia laboratorial

Algumas perícias vão exigir o aparato laboratorial, com a realização de estudos experimentais ou práticos ligados aos diversos ramos da ciência. A tecnicidade e a complexidade de alguns casos levam à necessidade do aparelhamento da polícia técnica que é chamada à realização de complexos exames, objetivando identificar a natureza de algumas substâncias, a resistência ou qualidade de objetos e materiais, o atendimento a regras técnicas em construção etc. Foi o que ocorreu com o desabamento do metrô no estado de São Paulo, onde, para aferição das causas do incidente, fizeram-se necessários

ensaios geotécnicos (para aferir as características do solo), além dos ensaios de resistência do concreto e aço.

Devem os peritos guardar material suficiente para eventual necessidade de nova perícia. A contraprova pode ser determinada em razão da imprestabilidade do primeiro laudo, ou pela necessidade de sanar divergências apontadas pelas partes ou pela autoridade, por meio de uma nova aferição. Também revela a necessidade de conservação o possível acesso dos assistentes técnicos, com o objetivo de elaborar o respectivo parecer, já que podem ter contato com o material paradigma para fazer suas conclusões (art. 159, § 6º, CPP). E por quanto tempo o material deve ficar armazenado? A lei é omissa a respeito, devendo-se ao menos aguardar até a prolação da sentença.

1.6.5 Exame para reconhecimento de escritos

Denominada exame para reconhecimento de escritos pelo art. 174 do CPP, esta espécie de prova é mais conhecida como exame caligráfico ou grafotécnico. Trata-se do exame com a finalidade de identificar a autoria de determinado documento, reconhecendo o responsável pelo escrito, o que se faz por comparação de letras.

Inicialmente, deve haver a intimação da pessoa a quem se atribui o escrito para que compareça ao ato. A ausência injustificada pode implicar condução coercitiva. O indiciado ou réu também deve ser intimado para acompanhar o feito, mesmo que o escrito não lhe seja atribuído. Havendo vários infratores, todos devem ser intimados, ainda que o escrito seja imputado a apenas alguns deles. Na fase processual, a ausência de intimação do réu ocasiona nulidade da prova colhida. Se o réu é revel, a intimação estará restrita ao advogado.

Para que a comparação documental seja realizada, o documento que vai servir de paradigma pode ser qualquer um reconhecidamente escrito pelo indivíduo, ou judicialmente reconhecido como dele. Neste caso, funcionaria como verdadeira prova emprestada entre processos. Admitem-se ainda os documentos sobre cuja autenticidade não exista dúvida.

Pode a autoridade ainda requisitar os documentos existentes em arquivos ou repartições públicas, ou realizar a perícia no local onde estes se encontrem, se de lá não puderem ser retirados.

Se o material existente for insuficiente para a realização do exame, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado, como forma de serem colhidos elementos suficientes para a realização da perícia. Advertimos

que a contribuição é facultativa, pois ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo. A omissão em fornecer o escrito para a comparação não pode levar à presunção de culpa em desfavor do imputado, nem desaguar na responsabilização por desobediência. Afinal, é ato inerente à autodefesa (STF – 1ª T. – HC 77.135 – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJ 8-9-1998).

Caso o autor do escrito esteja fora da comarca, mas em local sabido, a diligência poderá ser realizada por carta precatória, consignando-se na carta as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

O procedimento acima pode ser aplicado, hodiernamente, aos documentos datilografados ou impressos por computador.

1.6.6 Exame nos instrumentos da infração

Os instrumentos utilizados para a consecução dos fins delitivos devem ser periciados não apenas para identificação da natureza, leia-se a espécie, o tipo de objeto; como também quanto à eficiência, à aptidão para provocar o resultado lesivo, até porque, se o meio empregado é absolutamente ineficaz, poderá caracterizar crime impossível, ilidindo qualquer responsabilidade penal (art. 17, CP).

1.6.7 Exame na destruição ou rompimento de obstáculo e na escalada

O art. 171 do CPP, que disciplina a perícia em destaque, ganha relevo na caracterização do furto qualificado (art. 155, § 4º, I e II, CP), em que a destruição ou o rompimento de obstáculo, além da escalada, são decisivos para o enquadramento típico.

Os peritos deverão na realização do exame não só descrever os vestígios deixados pela conduta, como também com que instrumentos esta se realizou (v.g., pé de cabra, barras de ferro, pás); por que meios (v.g., túneis, escadas) e em que época presumem ter sido o fato praticado. Isso é importante, pois se o arrombamento ou a destruição do obstáculo, assim como a escalada, eram pretéritos, não incidirá a qualificadora.

1.6.8 Avaliação

As coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime serão, quando necessário, avaliadas por meio de perícia.

A aferição pericial do que foi danificado, além do produto do crime, que é o material obtido por meio da conduta delituosa, é importante tanto para a

dosimetria da pena, para a fixação do valor mínimo por ocasião da condenação (art. 387, IV, CPP), bem como para a mitigação da pena do furto de pequeno valor (art. 155, § 2º, CP) ou para o estelionato de pequeno prejuízo (art. 171, § 1º, CP).

É importante ainda na definição dos danos causados à vítima, já que o ressarcimento é fundamental para a obtenção de benefícios, como a progressão de regime para o agente condenado por crime contra a administração pública (art. 33, § 4º, do CP), além de servir de parâmetro para fins da ação civil *ex delicto* (art. 63, CPP).

Não sendo possível o exame direto, em que os peritos dispõem dos objetos para avaliar, será realizado o exame indireto, por intermédio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências (art. 172, parágrafo único, CPP). Devem os peritos indicar o estado e as condições da coisa avaliada, a extensão do dano, o valor de mercado, sem o que o laudo seria de pouca utilidade.

1.6.9 Exame de embriaguez ao volante

Com as recentes alterações no Código de Trânsito Brasileiro, pode-se dizer que a atual posição desse diploma é de intolerância zero quanto à embriaguez ao volante. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às medidas administrativas contempladas no art. 165 do Código (infração gravíssima sujeita a multa, suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo). Por sua vez, a conduta pode configurar **infração criminal**, caso o condutor esteja trafegando “com concentração de álcool¹ por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” (art. 306, *caput*, CTB). Como ressaltado anteriormente, pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*, não se pode obrigar o motorista, ainda que aparentemente embriagado, a contribuir para a colheita desta prova.

Por sua vez, o *caput* do art. 277 do CTB prevê que o condutor que se envolver em acidente automobilístico ou for alvo de fiscalização de trânsito, havendo suspeita de estar dirigindo sob influência de álcool (ou substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos), “será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado”. Se o condutor recusar-se à submissão ao procedimento, as

penalidades e medidas **administrativas** do art. 165 lhe serão aplicadas (art. 277, § 3º, CTB). Perceba que não se presume a embriaguez, e a sanção, de caráter visivelmente administrativo, deve-se pela recusa à submissão ao procedimento.

A infração **administrativa** de embriaguez ao volante “poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor” (art. 277, § 2º, CTB). O agente também deverá relatar a recusa do condutor em se submeter ao exame (art. 2º, §§ 1º e 2º, Resolução n. 206/2006).

Quanto às vítimas fatais de acidente de trânsito, estas serão obrigatoriamente submetidas ao exame de alcoolemia (art. 3º, Resolução n. 206/2006).

2. Interrogatório do acusado

2.1 Conceito e natureza jurídica

O interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa. Terá o imputado contato com a autoridade, o que lhe permite indicar provas, confessar a infração, delatar outros autores, apresentar as teses defensivas que entenda pertinente, ou valer-se, se lhe for conveniente, do direito ao silêncio.

Quanto à natureza jurídica do ato, à essência do instituto, destacam-se as seguintes posições:

- (i) *Interrogatório como meio de prova*: é o tratamento dado pelo Código, ao enquadrá-lo no Capítulo III do Título VII, destinado às provas em espécie.
- (ii) *Interrogatório como meio de defesa* (nesse sentido: Ada Pellegrini, Scarance Fernandes, Gomes Filho (2001, p. 81) e Fernando da Costa Tourinho Filho (2003c, v. 3, p. 270), dentre outros): tendo como premissa o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88) e as substanciais alterações legislativas (Leis ns. 10.792/2003, 11.719/2008 e 11.900/2009), entendemos que o interrogatório constitui meio de defesa. O interrogatório é o momento em que o réu terá a oportunidade de narrar a sua versão dos fatos, o que adquire especial relevo, vez que a Lei n. 11.719/2008 posiciona-o como último ato da instrução. Como expressão da autodefesa, o acusado poderá mentir, ou simplesmente silenciar-se. Dessas posturas não poderá advir qualquer prejuízo à culpabilidade. O interrogatório pode funcionar até como *fonte de prova*, mas não deve ser enquadrado na vala comum dos meios de prova. O mais importante são as consequências

processuais de considerar o interrogatório como meio substancial de defesa. São elas a impossibilidade (a) de haver prejuízo ao imputado por ter invocado o direito ao silêncio, (b) de condução coercitiva daquele que, mesmo citado pessoalmente, deixa de comparecer ao ato e (c) de decretação da revelia do réu ausente, pois o não comparecimento não poderá trazer prejuízos processuais. Esta corrente conta cada vez mais com precedentes nos Tribunais Superiores.

Precedente no STF: “Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei n. 10.792/2003 – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa” (2ª T. – HC 94.601 – Rel. Min. Celso de Mello – *DJe* 11-9-2009). Principais precedentes no STJ: HC 123.958 – 6ª T. – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – *DJe* 4-5-2011 e HC 172.390 – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – *DJe* 1º-2-2011.

(iii) *Interrogatório como meio de prova e de defesa, indistintamente*: para a terceira corrente, que tem prevalecido, o interrogatório tem natureza jurídica híbrida ou mista, pois tanto é um meio de defesa, em razão das incontestáveis prerrogativas dadas ao réu pela legislação (v.g., direito de calar-se; apresentar a sua versão dos fatos), como também é meio de prova, afinal, o magistrado vai realizar as perguntas pertinentes à elucidação dos fatos, assim como a acusação e o advogado do interrogado também o farão. O material eventualmente colhido servirá na formação do convencimento do julgador. Nessa senda, o magistério de Mirabete (2003, p. 277), Denílson Feitoza Pacheco (2006, p. 584), dentre outros. É ainda o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores.

(iv) *Interrogatório como meio de defesa, primordialmente, e como meio de prova, de forma subsidiária*: a quarta posição apresenta uma gradação de importância quanto ao enquadramento do interrogatório, admitindo que substancialmente seria meio de defesa, mas pode ser encarado, em segundo plano, como meio de prova. É a posição de Guilherme Nucci. Assim se manifesta o autor, sublinhando que “o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas”. No entanto, “caso opte por falar, abrindo mão do direito ao

silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo” (NUCCI, 2007, p. 381).

2.2 Momento de realização do interrogatório

Antes da entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008, o interrogatório figurava como primeiro ato da instrução processual. O réu era citado para que interrogado fosse e, somente após suas declarações, procedia-se à intimação para apresentação de defesa prévia, peça (dispensável, segundo o revogado art. 396, CPP) em que eram arroladas as testemunhas posteriormente ouvidas.

Era a redação do CPP: “Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente. Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas”.

O procedimento já não é mais este. Com a reforma processual de 2008, a nova redação dos arts. 400, 411 e 474, todos do CPP, posicionou o interrogatório, seja no rito comum, seja no procedimento do júri (ambas as fases) como último ato instrutório, permitindo que o acusado tenha pleno conhecimento de tudo que se lhe imputa para, então, discorrer sobre sua versão.

Interessa saber, entretanto, se o interrogatório deve ser realizado (e mesmo repetido, no caso de processos pendentes regidos pelo rito comum antes da vigência da Lei n. 11.719/2008) ao final de todo e qualquer procedimento especial. A dúvida refere-se a qual artigo de lei deveria ser aplicado: o art. 2º, CPP, (“a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”) ou o art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao CPP (“as ações penais, em que já se tenha iniciado a produção de prova testemunhal, prosseguirão, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior”).

Inicialmente, cabe sublinhar que o art. 6º, da Lei de Introdução ao CPP (Decreto-lei n. 3.931/41), tem aplicação restrita aos processos iniciados antes da vigência do CPP de 1941. Não obstante permaneça formalmente em vigor, tal dispositivo não tem incidência no contexto atual da nova reforma processual penal. Assim, o art. 2º, CPP, tem aplicação integral, devendo incidir imediatamente. Deverá ser considerado, para fins de aplicação do novo regramento, o dia de realização do ato, e não a data da sua designação. Dessa maneira, mesmo tendo o magistrado, antes da vigência da Lei n. 11.719/2008,

exarado despacho para realização do interrogatório do acusado, deverá o ato ser anulado, se, quando da sua realização, o novo diploma já produzia seus efeitos, como firmado pelo STJ (STJ – 6ª T. – HC 123.958 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – *DJe* 4-5-2011 – Info 470).

Todavia, caso o interrogatório já tenha ocorrido antes da vigência da Lei n. 11.719/2008 (ou da Lei n. 11.689/2008, que alterou o procedimento do júri), não é imperiosa sua nova realização, salvo se, no curso da instrução, advir conhecimento de fatos que não foram indagados do acusado. A compreensão do direito processual penal deixa de se assentar na mera escolha da letra do Código, para enfatizar um aspecto constitucional: o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Questão importante diz respeito aos procedimentos especiais em que o interrogatório figura como primeiro ato da instrução, a exemplo da Lei n. 8.038/90 e do Código Eleitoral. Em entendimento do qual compartilhamos, a despeito da especialidade, tem entendido o STF pela aplicabilidade da sistemática introduzida pela reforma processual, deslocando-se o interrogatório para o último ato a ser realizado (STF – Plenário – AP 528 AgR/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – *DJe* 24-3-2011 – Info 620 e STF – HC 107.795/SP – Rel. Min. Celso de Mello – *DJe* 1º-2-2011).

De maneira distinta tem se pronunciado o STJ, para quem a Lei n. 11.719/2008 somente é aplicável aos procedimentos especiais subsidiariamente, nos termos do art. 394, § 5º, CPP (STJ – 5ª T. – HC 121.171 – Rel. Min. Jorge Mussé – *DJe* 25-4-2011 – Info 467). Ou seja, para esta Corte, não havendo lacuna, permanece o disposto no rito próprio.

2.3 Necessidade de realização do interrogatório

Durante toda a persecução penal, deve ser obrigatoriamente oportunizada a realização do interrogatório. Enquanto a sentença não transitar em julgado, sempre que possível, deve ser realizado, sob pena de nulidade, como dispõe o art. 564, III, *e*, do CPP. Indique-se que a nulidade ocorre não pela não realização efetiva do ato, e sim por sua supressão arbitrária.

Sendo o réu intimado regularmente e não comparecendo à audiência de instrução e julgamento, frustrando a realização do interrogatório, não há de se falar em nulidade. O que não pode ocorrer é a dispensa do ato pela autoridade, suprimindo do réu a possibilidade de exercitar a autodefesa, ou a não requisição do réu que estava preso para que seja apresentado, ou, tendo havido requisição, a não apresentação pelo poder público (art. 399, § 1º, CPP). No júri, admite-se o

pedido de dispensa de apresentação do réu preso para a sessão de julgamento, de sorte que o interrogatório na segunda fase ficará suprimido, pressupondo-se pedido assinado pelo réu e por seu defensor. Entendemos que o pedido de dispensa de apresentação é cabível aos demais procedimentos, por analogia à disciplina do Tribunal Popular (art. 457, § 2º, CPP).

Na legislação eleitoral, o interrogatório pode ser substituído pela contestação escrita da inicial acusatória (art. 359, parágrafo único, Código Eleitoral).

Negando-se o interrogatório, quando sua realização era possível, a nulidade é de natureza absoluta, sendo o prejuízo evidente e o vício insanável. Afinal, a ampla defesa é ferida de morte, além da mácula ao devido processo legal. Entendendo que a nulidade é de natureza relativa, obrigando a defesa a argui-la no momento oportuno, sob pena de preclusão, além da necessidade de demonstração de prejuízo, encontra-se Mirabete (2004, p. 273), Nucci (2007, p. 382) e o STF (HC 82.933-3/SP – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ 27-32003). É a posição prevalecente.

Ainda é usual a condução coercitiva para a efetivação do interrogatório (art. 260, CPP), caso o réu não compareça nem justifique a ausência, o que é de duvidosa constitucionalidade, notadamente ao adotarmos a posição de que o interrogatório é meio de defesa.

Pode o interrogatório ser realizado a qualquer momento, e a todo tempo o magistrado poderá proceder a novo interrogatório, *ex officio* ou a requerimento das partes (art. 196, CPP). Até mesmo na pendência do julgamento da apelação, poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório (art. 616, CPP).

Nas ações que tramitam originariamente perante tribunais, o réu poderá ser ouvido perante o relator (art. 7º, Lei n. 8.038/90) ou ser interrogado pelo juiz de primeiro grau, cumprindo carta de ordem.

2.4 Características do interrogatório

- (i) *É ato público*: deve ser realizado a portas abertas. Excepcionalmente a sigilação pode ser necessária, nas hipóteses de defesa da intimidade, interesse social no sigilo e imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII e LX, e art. 93, IX, todos da CF/88) ou risco de escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem (art. 792, § 1º, CPP).² Mesmo quando o ato se realize no estabelecimento prisional, a publicidade está assegurada (art. 185, § 1º, CPP).

- (ii) *É ato personalíssimo*: não pode ser realizado por interposta pessoa. Nem a presença do advogado supre a ausência do réu. O advogado pode se fazer presente para justificar a ausência, e não para prestar esclarecimentos em lugar do cliente. Quanto ao interrogatório da pessoa jurídica, possível nas hipóteses de crimes ambientais (Lei n. 9.605/98), a matéria encontra lacuna na lei, já que o CPP é omissivo no tratamento do tema, prevalecendo o entendimento de que o seu representante legal deverá ser intimado (interpretação analógica do disposto no art. 12, VI, do CPC).
- (iii) *É ato oral*: como regra, o interrogatório segue a forma oral, a palavra falada reina, até para imprimir fidelidade e espontaneidade ao ato. Pode o interrogado consultar breves apontamentos, o que não prejudica o ato. Algumas peculiaridades para pessoas portadoras de necessidades especiais devem ser lembradas:
- (iii.a) para o **mudo**: as perguntas são feitas oralmente, e respostas na forma escrita;
- (iii.b) para o **surdo**: perguntas por escrito, respostas feitas oralmente;
- (iii.c) para o **surdo-mudo**: perguntas e respostas escritas. Se estes forem analfabetos ou também deficientes visuais, intervirá, sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-los.
- (iii.d) para o **estrangeiro**: o interrogatório será realizado por intermédio de intérprete, mesmo que as pessoas na sala de audiência dominem a língua estrangeira. Esta formalidade não será necessária, se a língua estrangeira aproxima-se da nacional, como o português de Portugal ou o castelhano.
- (iv) *É ato individual*: havendo corréus, serão interrogados separadamente, de sorte que uns não assistam previamente ao depoimento dos outros. Nada impede, existindo corréus, que sejam ouvidos em dias diversos, notadamente quando se faz necessária a expedição de precatória.
- (v) *É ato judicial*: o ato será realizado pela autoridade judicial que preside o processo. Nos tribunais, pelo relator, ou por carta de ordem ao magistrado que atua na comarca em que reside o infrator. Lembramos ainda, como já ressaltado, que na fase do inquérito não temos tecnicamente interrogatório, já que este é o prestado perante o juiz.
- (vi) *É ato espontâneo*: o interrogatório deve ser livre de pressões ou constrangimentos. A intimidação pelo juiz ou órgão acusador não é admitida, sob pena de invalidação do ato. Da mesma maneira, se o

magistrado advertir que o silêncio será interpretado em prejuízo do interrogado, haverá nulidade, contudo meramente relativa, cabendo a demonstração do prejuízo. Não são admitidos detectores de mentira, mesmo que o réu aceite se submeter a tal constrangimento. Se isso ocorrer, a nulidade é insanável.

Acreditamos que o interrogatório realizado dentro do estabelecimento prisional, como prevê o § 1º do art. 185 do CPP, dificulta a espontaneidade do ato. É claro que o preso não ficará à vontade para relatar, no interrogatório realizado dentro do presídio, circunstâncias que possam esclarecer o fato, principalmente se estas comprometerem outros infratores, afinal, a “lei do silêncio” impera nos estabelecimentos prisionais, e a pena para esta violação é paga muitas vezes com a vida.

2.5 Local do interrogatório

A regra geral é que o interrogatório do réu seja realizado na sala de audiências do Fórum em que tramita o respectivo processo. Entretanto, em analogia ao art. 222 do CPP, nada impede que o réu residente fora da comarca seja ouvido por meio da expedição de carta precatória, ficando consignadas na carta as perguntas a serem feitas. É possível também, pela enfermidade ou velhice do interrogado, que o ato seja realizado onde este se encontre (art. 220, CPP). Ademais, a inviabilidade de deslocamento do réu também passou a ser fundamento para realização do interrogatório por videoconferência (art. 185, § 2º, II, CPP).

Questão interessante é a realização do interrogatório do réu preso. Sabe-se que os custos de deslocamento de presos aos Fóruns para acompanhamento de atos processuais e, no que nos interessa, para a realização do interrogatório, são bastante dispendiosos aos cofres estatais. A utilização de viaturas (algumas vezes até de helicópteros), o emprego de policiais para garantir a segurança, e o risco sempre presente de fuga acabaram por inserir na pauta de discussão a realização do interrogatório on-line, por videoconferência, evitando-se o deslocamento, com a utilização de aparato tecnológico a propiciar que o magistrado interroge o réu sem precisar trazê-lo ao Fórum, ao vivo, numa rede de transmissão interligando diretamente o estabelecimento prisional e o Judiciário.

Com a edição da Lei n. 11.900/2009, em opção política que merecerá crítica específica logo adiante, o interrogatório por videoconferência passou a ser uma realidade. A seu turno, trouxe procedimento de duvidosa utilidade, que é a ida

do magistrado ao estabelecimento prisional para realização do interrogatório, sempre que o réu estiver preso. A lei não se referiu a presos perigosos nem estabeleceu motivação específica para que o magistrado se desloque até o local em que se encontra o preso. Assim, a simples existência da prisão, levaria o julgador a realizar o interrogatório onde se encontra detido o imputado. É essencial a existência de sala própria, garantia de segurança do juiz, auxiliares, membros do Ministério Público, além da presença do defensor e da publicidade do ato (art. 185, § 1º, CPP). Não havendo a possibilidade de realizar-se o interrogatório no estabelecimento prisional, por ausência dos requisitos legais, e não sendo hipótese de realizar-se o ato por videoconferência, o preso será conduzido ao Fórum, mediante prévia requisição da autoridade judicial.

2.6 Procedimento

A Lei n. 10.792/2003 deu nova roupagem ao procedimento do interrogatório, alterando os arts. 185 e seguintes do CPP, sofrendo incremento da Lei n. 11.900/2009, o que passaremos a enfrentar neste momento.

2.6.1 Preliminares

De início, o interrogado terá o direito de entrevistar-se reservadamente com seu defensor, caso isso ainda não tenha ocorrido. É o momento em que se assegura orientação técnica efetiva ao interrogado, para que ele tenha conhecimento da finalidade do ato, como se comportar, qual o papel dos presentes, quais as suas alternativas etc. Não são poucos os réus, notadamente os de baixa instrução (que é o prevalente), que não têm a menor ideia do que vai se passar na audiência. O interrogatório, então, que seria um momento de suma importância ao processo, acaba se transformando em um martírio processual de pouca utilidade, em que não se consegue evoluir pela dificuldade de trato com o interrogado.

Caso a autoridade negue a entrevista preliminar, o prejuízo é presumido, ocorrendo vício insanável do ato. Estará o magistrado tumultuando arbitrariamente a evolução procedimental, dando ensejo à correição parcial.

A presença do advogado, por tudo quanto já dito, passou a ser obrigatória, sob pena de nulidade absoluta do feito, em razão da ausência de defesa técnica.

O § 5º, do art. 185, CPP, com redação dada pela Lei n. 11.900/2009, que introduziu no ordenamento jurídico o interrogatório por videoconferência, explicita a lição aqui sustentada, aventando que “em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada

com o seu defensor”. No caso de realização “por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso”. O dispositivo vem assim a estampar a garantia do acusado à ampla defesa, que restaria mitigada se não assegurado o contato prévio e efetivo entre o réu e seu defensor. Frise-se que o interrogatório por videoconferência exigirá a presença de dois defensores: um no presídio, outro na sala de audiência.

Na sequência, o acusado será qualificado, cientificado do teor da acusação que pesa contra si e informado do seu direito de permanecer calado, não tendo obrigação de responder as perguntas que lhe forem endereçadas. Este direito é previsto também constitucionalmente (art. 5º, LXIII, CF/88), devendo ser interpretado sempre de maneira extensiva (STJ – 5ª T. – HC 188.141 – Rel. Min. Laurita Vaz – *DJe* 28-6-2011). O silêncio não importa confissão nem pode ser interpretado em prejuízo da defesa. Tem prevalecido o entendimento de que o direito ao silêncio não abrange a qualificação. O interrogado não poderia calar-se e estaria obrigado a dizer a verdade, podendo incorrer em sanção penal (desobediência ou falsa identidade). Nesse sentido, Guilherme Nucci assevera que “o direito ao silêncio não é ilimitado, nem pode ser exercido abusivamente. As implicações, nessa situação, podem ser graves, mormente quando o réu fornece, maldosamente, dados de terceiros, podendo responder pelo seu ato” (NUCCI, 2007, p. 390). Não nos parece, contudo, a melhor solução. Os elementos que caracterizam a qualificação, como nome, sobrenome, filiação, estado civil, endereço, naturalidade, RG, CPF, dentre outros, podem vincular o interrogado a outras infrações, ou militar em seu desfavor no transcorrer do processo. Não obstante nosso entendimento, é importante ressaltar que os Tribunais Superiores (STJ – 5ª T. – HC 151.866 – Rel. Min. Jorge Mussé – *DJe* 13-12-2011 – Info 488 e STF – Plenário – RE 640.139 RG – Rel. Min. Dias Toffoli – *DJe* 14-10-2011) têm se posicionado pela “tipicidade da conduta daquele que se atribui identidade falsa perante autoridade policial com o intento de ocultar Maus antecedentes”, o que sinaliza que, para o STF e STJ, a conduta ativa no sentido de ludibriar as autoridades para furtar-se à responsabilização penal não é alcançada pelo princípio da autodefesa.

2.6.2 Conteúdo

Superada a fase preliminar, quanto ao conteúdo, o interrogatório está subdividido em duas partes: a primeira focando a pessoa do acusado, e a segunda

tratando dos fatos que lhe são imputados.

Na primeira etapa, o magistrado vai procurar conhecer o interrogado, individualizando-o, fazendo perguntas “sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais” (art. 187, § 1º, CPP). Esses elementos são importantes não só para a dosimetria da pena, na aferição das circunstâncias judiciais (art. 59, CP), mas também para extrair do interrogatório a coculpabilidade social pela situação de delinquência do interrogado. Esta nada mais é do que a corresponsabilidade da coletividade pela atividade criminosa, já que suas omissões em promover política social levam a propensão ao crime daqueles que estão na condição de excluídos. Dessa análise pode resultar o reconhecimento de atenuante genérica, ou, nas situações de maior evidência, a própria absolvição do réu, afastando-se a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

Já a segunda etapa destina-se à aferição dos fatos apurados no processo. É a etapa de mérito. Nela o réu poderá aceitar como verdadeira ou negar a imputação que lhe é feita e, caso confesse o crime, será indagado sobre os motivos que o levaram ao delito, além das circunstâncias do fato, e se outras pessoas participaram. Se negar a acusação, total ou parcialmente, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas; poderá atribuí-la a terceiros; terá a oportunidade de esclarecer onde estava ao tempo do crime, ou até mesmo se ouviu falar dos acontecimentos; se conhece as provas que já foram apuradas, a exemplo de perícias, documentos, dentre outras; se conhece a vítima e as testemunhas do fato, e se tem algo a alegar contra elas; se conhece os instrumentos do crime e demais objetos a ele relacionados; será indagado, ainda, acerca de todos os pormenores que circundam a infração e que podem ter influência decisiva na dosimetria da pena e tudo o mais que possa militar em favor da sua defesa (art. 187, § 2º, CPP). Deve-se buscar sensibilidade no encadeamento das perguntas. Os modelos de interrogatório pré-fabricados, desconectados do contexto dos fatos, prejudicam substancialmente o entendimento do que é produzido em audiência.

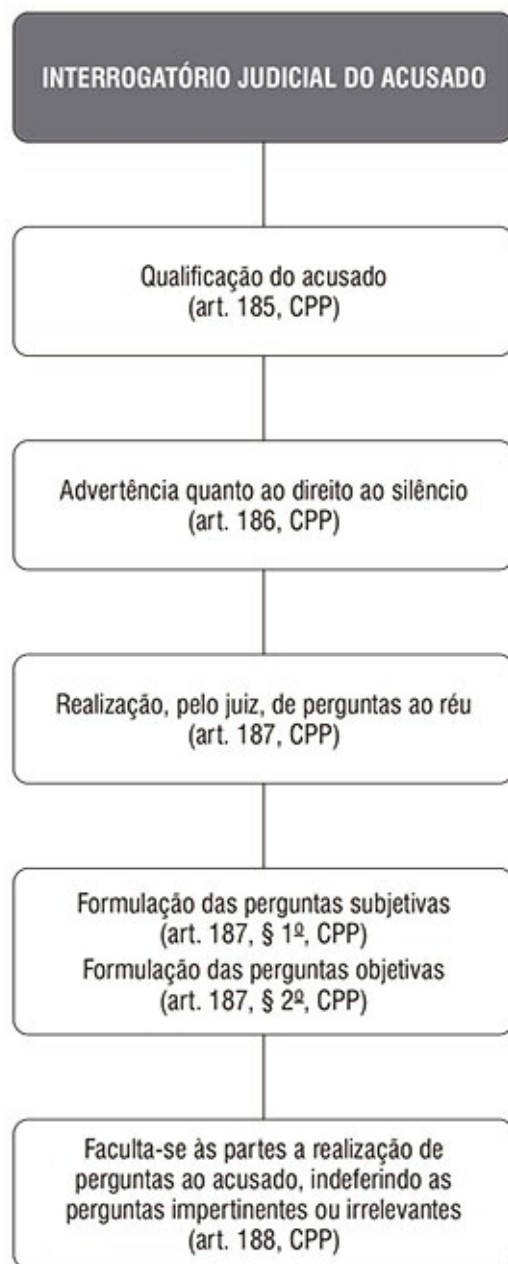
Nada impede, apesar da alteração do art. 191 do CPP, que o magistrado consigne no termo de audiência as perguntas que deixaram de ser respondidas pelo interrogado, relatando, se o imputado desejar, os motivos invocados para permanecer calado.

Findas as perguntas do juiz, este indagará à acusação e ao defensor se restou algum ponto a ser esclarecido, o que oportuniza a realização de reperguntas, que serão formuladas ao interrogado se o juiz entender pertinente e relevante. Deve o magistrado coibir as reperguntas que tenham intuito de insultar ou constranger o réu.

Caso o magistrado negue a pergunta formulada, a negativa ficará consignada no termo de audiência, inclusive com o teor da pergunta apresentada, e no fundamento da denegação, para eventual alegação posterior de nulidade por cerceamento do direito de defesa ou de acusação. O interrogado não está obrigado a responder as reperguntas, inclusive aquelas que forem formuladas pelo próprio advogado. Cabe a ele selecionar o que lhe é ou não conveniente responder.

Seguimos o sistema presidencialista, e as reperguntas são feitas por intermédio do magistrado. Nada impede que este permita que as partes perguntem diretamente ao réu. Com a Lei n. 11.690/2008, admitindo a interpelação direta das testemunhas (art. 212, CPP), sem o obstáculo judicial, entendemos que tal previsão deve se estender a todas as inquirições, não só do interrogado, mas também dos peritos, assistentes, vítima, independentemente do procedimento a ser seguido, superando-se o sistema presidencialista.

No plenário do júri, quanto às perguntas das partes e do assistente, serão feitas sem intermédio do juiz presidente, numa interação direta entre o réu e os interpelantes. Os jurados, por sua vez, farão perguntas por meio do magistrado que preside o julgamento (art. 474, §§ 1º e 2º, CPP). Havendo interferência do juiz presidente, haverá, em regra, mera irregularidade. Caso haja cerceamento da acusação ou da defesa, tolhidas da atuação plena no júri, por conduto do magistrado que centraliza o encaminhamento das perguntas, haverá nulidade (relativa), devendo a parte demonstrar o prejuízo.



2.6.3 Formalidades

As perguntas e respostas ficarão consignadas no termo de audiência, que todos os presentes devem assinar. Nada impede, por analogia ao art. 170 do CPC, o uso da taquigrafia ou estenotipia, que são técnicas de escrita abreviada usando sinais típicos, que permitem uma rápida transcrição daquilo que é ditado. Por previsão do art. 65, § 3º, da Lei n. 9.099/95, o ato poderá ser gravado em fita

magnética ou equivalente. É o que se espera num futuro próximo em todos os procedimentos, evitando-se distorções. Por sua vez, o § 1º do art. 405 do CPP, inserido pela Lei n. 11.719/2008, assevera que, quando possível, “o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações”. É a tecnologia sendo empregada para fidelizar o ato e imprimir maior celeridade ao procedimento.

Se o interrogado não souber escrever, por ser analfabeto; não puder assinar, por ser deficiente físico, ou não quiser fazê-lo, tal fato deve ser consignado no termo. Não se deve usar o famigerado expediente de colheita das impressões digitais, por absoluta ausência de previsão legal, além do evidente constrangimento.

2.6.4 Interrogatório do réu menor de vinte e um anos

Havia previsão no art. 194 do CPP da nomeação de curador, pessoa obrigatoriamente alfabetizada, não necessariamente advogado, para acompanhar o interrogatório do réu que tinha entre dezoito e vinte e um anos incompletos, já que o Código Civil de 1916 considerava tais indivíduos relativamente capazes. À época, editou-se a Súmula n. 352, informando que “não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo”.

Com o advento do atual Código Civil, que em seu art. 5º considerou como absolutamente capazes os maiores de dezoito anos, a doutrina majoritária passou a compreender desnecessária a nomeação de curador especial para o menor de 21 (vinte e um) anos. Encerrando eventuais dúvidas, a Lei n. 10.792/2003 revogou de forma expressa o art. 194 do CPP, não havendo mais de se falar em curador, nesses casos. Da mesma forma, o art. 15 do CPP, prevendo a nomeação de curador durante as declarações do indiciado na fase do inquérito policial quando este tenha entre dezoito e vinte e um anos incompletos, encontra-se revogado tacitamente.

De todo modo, ainda é possível vislumbrar a figura do curador para os inimputáveis por doença mental (art. 151, CPP c/c art. 26, *caput*, CP) e para aqueles que não tenham plena capacidade.

2.6.5 Compatibilidade com o inquérito policial

Prevê o art. 6º, V, CPP, que a oitiva do indiciado será realizada nos moldes

do interrogatório judicial. Entretanto, as novidades trazidas pela Lei n. 10.792/2003 ao interrogatório, tais como a obrigatoriedade da presença do advogado, a possibilidade de reperguntas, a entrevista preliminar, não têm aplicação, como regra, na fase do inquérito policial, pois este é inquisitivo, não comportando contraditório ou ampla defesa. O delegado não está obrigado a aguardar a presença do advogado para ouvir o indiciado, contudo, fazendo-se presente à delegacia com o causídico, este permanecerá durante a oitiva, o que vai agregar valor ao ato, além de coibir excessos. Nada impede, apesar de ser ato discricionário da autoridade policial, que o delegado admita reperguntas, ou assegure a entrevista preliminar reservada. É ato de bom senso, apesar da inquisitorialidade da fase preliminar.

2.6.6 Interrogatório por videoconferência

A discussão acerca da possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência se inicia em 2005, quando o estado de São Paulo editou a Lei n. 11.819/2005, autorizando a realização do instituto, nos seguintes termos:

Art. 1º Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais.

Diversos interrogatórios foram realizados naquele estado, entretanto a validade da lei foi contestada perante os Tribunais Superiores. No STJ, houve alguns precedentes entendendo pela inexistência de ofensa às garantias constitucionais do réu, afastando a ocorrência de nulidade absoluta pela prática do ato previsto na lei estadual. O STF, por sua vez, em decisão da segunda turma, entendera pela existência de vício formal da lei e pela violação das regras do justo processo legal, ferindo ainda as normas ordinárias do local da realização dos atos processuais, além de violentar a ampla defesa, a igualdade e a publicidade (STF – 2ª T. – HC 88.914 – Rel. Min. Cezar Peluso – Info 476).

Não podia ser outro o entendimento. O interrogatório é ato de fundamental importância na construção do convencimento do julgador. A expectativa é não só extrair as informações colhidas com as respostas às perguntas feitas ao réu, mas também sentir o comportamento deste. Os gestos, a atitude do réu na audiência, suas expressões e os detalhes só perceptíveis por aqueles que estavam

presentes ao ato são decisivos muitas vezes para o deslinde da causa. Não se pode afastar ainda mais o julgador do julgado. A indiferença não pode imperar, transformando o interrogatório num ato pró-forma, um faz de conta a integrar os autos.

Apesar do entendimento da segunda turma do STF, a validade da Lei n. 11.819/2005 somente fora formalmente afastada com a declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário da Máxima Corte, quando os ministros entenderam que o estado de São Paulo usurpara a competência exclusiva da União, a de legislar sobre matéria processual penal, consoante previsão do art. 22, I, da CF/88 (STF – Tribunal Pleno – HC 90.900 – Rel. Min. Menezes Direito – *DJe* 22-10-2009).

A Lei n. 10.792/2003, por sua vez, que remodelou o tratamento do interrogatório dado pelo CPP, simplesmente não tratou do teleinterrogatório, o que só veio a acontecer com a Lei n. 11.900/2009. A ideia que norteou a edição desse diploma legislativo é conhecida e vem inspirando as sucessivas alterações do Código de Processo Penal, de cunho inquisitivo, embora vez por outra procure fazer crer que se está prestigiando os valores constitucionais. Busca-se, primordialmente, atender os ditames da lei e da ordem, sustentando-se no discurso que enfatiza a necessidade de “segurança”, “economia” e “celeridade”, deixando ao largo os direitos e garantias processuais constitucionais.

Deixando-se de lado as críticas ao espírito da lei, o fato é que, atualmente, o interrogatório por videoconferência é regulamentado pelo § 2º do art. 185 do CPP. A medida, que é excepcional – a regra é a presença física do réu no Fórum –, exige a fundamentação da decisão que a decreta. A designação de interrogatório “eletrônico”, nesses termos, poderá ocorrer de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, desde que “para atender a **uma** das seguintes finalidades” (original sem grifo):

- (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, a exemplo da avançada idade;
- (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 do CPP;

(iv) responder à gravíssima questão de ordem pública, como quando a presença do réu ao interrogatório possa conturbar o bom andamento da comarca, com manifestações, e até mesmo risco à integridade física do imputado e dos presentes.

Como se depreende, a aplicação do dispositivo é medida extrema. Tanto isso é verdade que, no caso de acusado que ameace influenciar o ânimo de testemunha ou da vítima, deve ser priorizada a oitiva destas por videoconferência, ao invés do primeiro, isto é, o interrogatório, com sua natureza jurídica de meio de defesa, deve ser prioritariamente realizado pessoalmente com o juiz. A incidência do dispositivo sem justificativa ou com motivação que mascare a possibilidade do interrogatório mediante contato pessoal com o magistrado ocasionará nulidade.

Por força do § 3º do art. 185, da decisão que determinar a realização do interrogatório por videoconferência deverá haver intimação das partes, observando-se a antecedência mínima de 10 (dez) dias. Havendo desrespeito a este prazo e demonstração de prejuízo, entendemos que o ato é passível de anulação.

3. Confissão

3.1 Conceito e objeto

A confissão é a admissão, por parte do suposto autor da infração, de fatos que lhe são atribuídos e que lhe são desfavoráveis. O reconhecimento da infração por alguém que não é sequer indiciado não é tecnicamente confissão, e sim autoacusação. Confessar é reconhecer a autoria da imputação ou dos fatos objeto da investigação preliminar por aquele que está no polo passivo da persecução penal.

Segundo Nucci, deve-se “considerar confissão apenas o ato voluntário (produzido livremente pelo agente, sem qualquer coação), expreso (manifestado, sem sombra de dúvida, nos autos) e pessoal (inexiste confissão, no processo penal, feita por preposto ou mandatário, o que atentaria contra a segurança do princípio da presunção de inocência)” (NUCCI, 2007, p. 398).

Como o réu defende-se dos fatos, estes é que podem ser objeto da confissão.

3.2 Natureza jurídica

A confissão é um meio de prova como outro qualquer, admissível para a demonstração da verdade dos fatos.

3.3 Espécies

A classificação da confissão está assim apresentada:

(i) Quanto ao **local ou autoridade** perante a qual é feita:

- ◆ *Judicial*: é a realizada perante o magistrado competente (confissão judicial própria). É possível que seja realizada perante autoridade incompetente para o julgamento do processo, como na hipótese de carta precatória (confissão judicial imprópria) (NUCCI, 2007, p. 399).
- ◆ *Extrajudicial*: realizada no transcurso do inquérito policial ou fora dos autos, ou ainda perante outras autoridades, como dentro de procedimento administrativo correicional ou perante CPI. Terá que ser reproduzida no processo para surtir algum efeito na esfera penal.

(ii) Quanto aos **efeitos**:

- ◆ *Simples*: é o reconhecimento puro e simples da imputação, sem modificação ou implemento de informações.
- ◆ *Complexa*: quando o réu reconhece vários fatos criminosos que são objeto do processo.
- ◆ *Qualificada*: o réu confessa o fato, agregando novos elementos para excluir a responsabilidade penal, como excludentes de ilicitude, de culpabilidade etc.

(iii) Quanto à **forma**:

- ◆ *Expressa*: é aquela produzida pela palavra falada ou escrita, na qual indubitavelmente o agente reconhece os fatos que lhe são imputados.
- ◆ *Tácita ou ficta*: é a decorrente da não impugnação da inicial acusatória. Evidente, pela presunção de inocência, que a confissão tácita não tem aplicação na esfera criminal. Da mesma forma, a previsão da parte final do art. 198 do CPP, admitindo que o silêncio, apesar de não significar confissão, poderá constituir elemento para a formação do convencimento do julgador não tem mais aplicação, pois está tacitamente revogado, em face da nova redação do parágrafo único do art. 186 do CPP, ao dispor que o silêncio não pode ser interpretado em desfavor da defesa.

3.4 Requisitos

Para que a confissão esteja revestida de regularidade, deve atender aos seguintes requisitos (MIRABETE, 2004, p. 287):

(i) *Intrínsecos*: são requisitos inerentes ao ato, para lhe dar credibilidade e

aproveitamento:

- ◆ *verossimilhança*: deve ser aferido se é factível, provável, que o fato tenha ocorrido da forma como confessado;
- ◆ *certeza*: provocada no julgador;
- ◆ *clareza*: é a confissão límpida, despida de ambiguidades, contradições ou elementos que possam dificultar o entendimento do ocorrido ou a real vontade do confidente;
- ◆ *persistência*: é a segurança transmitida pela repetição do fato, sem disparidade entre a versão dada inicialmente e as posteriores reproduções;
- ◆ *coincidência*: é a compatibilidade com os demais elementos probatórios existentes nos autos.

(ii) *Formais*: são questões de ordem procedimental, para dar validade ao ato:

- ◆ *pessoalidade*: a confissão tem que ser feita pelo próprio réu. Não poderá fazê-lo por intermédio de interposta pessoa ou por procurador, mesmo que este possua poderes especiais. Havendo corréus, a confissão de uns não vincula os demais (veja adiante o item referente à delação premiada);
- ◆ *ser expressa*: já vimos que no processo penal não há de se falar em confissão implícita ou tácita;
- ◆ *ser feita à autoridade competente*;
- ◆ *ser livre e voluntária*: não se admite coação na realização da confissão. A tortura ou a intimidação levam ao reconhecimento da ilicitude da prova;
- ◆ *higidez mental do confidente*: só podem confessar as pessoas que tenham a devida capacidade de entender e querer.

3.5 Peculiaridades

- (i) *Divisibilidade*: o teor da confissão pode ser desmembrado, tomado em partes, já que o magistrado pode se convencer de parte do que foi admitido e desconsiderar o restante. Para o STF, entretanto, como exceção, a confissão pode ser incindível, quando se trate de prova única, é dizer, formando um todo indissolúvel (RTJ 46/273).
- (ii) *Retratabilidade*: a confissão não é caminho sem volta. Admite a lei (art. 200, CPP) que o réu venha a desdizer o que afirmou como verdade anteriormente. Em o fazendo, não pode o magistrado negar a realização de

novo interrogatório para esta finalidade. Em razão do livre convencimento motivado, é possível que a retratação não convença o juiz, que na decisão poderá tomar como verdade a confissão anteriormente apresentada. Desta forma, a retratação não vincula o julgador.

3.6 Valor probatório

Segundo o item VII da Exposição de Motivos do CPP, não existe hierarquia entre as provas, sendo a confissão mais um meio probatório, e na sua apreciação o magistrado deverá confrontá-la com as demais provas do processo, para aferir se há compatibilidade entre elas (art. 197, CPP), dando o devido valor à confissão apresentada. A confissão perdeu o *status* de prova absoluta, e, como as demais, o seu valor é relativo, cabendo ao juiz a justa valoração.

Lembramos que, se o crime deixar vestígios, a materialidade não pode ser provada pela confissão, pois é necessária a realização do exame de corpo de delito (art. 158, CPP). Na ausência deste, a prova testemunhal suprirá a omissão (art. 167, CPP). Nessas hipóteses, a confissão servirá para demonstrar a autoria, já que a materialidade estará a depender da realização de perícia.

3.7 Delação e delação premiada

É possível que no transcorrer do interrogatório, além de confessar a infração, o interrogado decline o nome de outros comparsas. Esta é a delação, que serve validamente como prova, notadamente quando corroborada pelos demais elementos colhidos na instrução. Contudo, para que obtenha o *status* probatório, deve se submeter ao contraditório, oportunizando-se ao advogado do delatado que faça reperguntas no transcorrer do interrogatório, adstritas ao conteúdo da delação. Se necessário for, admite-se a marcação de novo interrogatório, para que se oportunize a participação do defensor do delatado. De acordo com a Súmula n. 65 das Mesas de Processo Penal da USP, “o interrogatório de corréu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitirem reperguntas”.

A delação pode levar, ainda, à obtenção de benefício por parte do delator, que se veria estimulado a entregar os demais comparsas, prestando esclarecimentos para desvendar o delito. É a delação premiada ou benéfica, prevista esparsamente na legislação, vejamos:

- (i) *Lei n. 9.034/95 (crime organizado)*: prevê o art. 6º que nos crimes praticados por organizações criminosas a pena será reduzida de 1/3 a 2/3, se o agente, colaborando espontaneamente, levar ao esclarecimento de

infrações e sua autoria. Estamos diante de uma causa obrigatória de redução de pena, desde que a delação seja realmente eficaz, tendo nexos causal entre as informações prestadas e o esclarecimento do crime. A delação pode ocorrer a qualquer momento, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença. Nesse caso, será necessário o ingresso com ação de revisão criminal para que o benefício da redução da pena seja efetivado. A delação deve ser espontânea por exigência legal, sendo a iniciativa para colaborar do próprio autor. Ele deve ter o espírito, o desejo próprio de colaborar, sem ter havido interferência de terceiros. Distingue-se da voluntariedade, pois esta se caracteriza pela mera ausência de coação, independentemente de qual o motivo que levou o agente a contribuir, ou até mesmo se foi aconselhado pela autoridade ou terceiros a fazê-lo.

- (ii) *Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos)*: prevê o parágrafo único do art. 8º que o participante ou associado que delatar à autoridade quadrilha ou bando, constituídos para a prática de crimes hediondos e assemelhados, possibilitando que sejam desmantelados, terá a pena reduzida de 1/3 a 2/3. Havendo a eficácia da delação, com informações valiosas para a dissolução da quadrilha ou bando, a redução da pena é obrigatória e está restrita ao crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP), não abrangendo as demais infrações praticadas pelo grupo.
- (iii) *Art. 159, § 4º, do CP (extorsão mediante sequestro)*: havendo concurso de infratores, o concorrente que venha a delatar os demais à autoridade, possibilitando com isso a libertação do sequestrado, terá a pena reduzida de 1/3 a 2/3. Mais uma vez, o nexo entre as informações e a libertação é obrigatório, já que a delação ineficaz pode militar apenas como atenuante genérica (art. 66, CP).
- (iv) *Lei n. 9.807/99 (proteção a vítimas e testemunhas)*: admite a delação premiada sem preestabelecer a infração praticada, convivendo harmonicamente com as demais normas que tratam da matéria, fracionando nos arts. 13 e 14 a admissibilidade do instituto em duas modalidades, com requisitos e efeitos distintos, vejamos:
 - ♦ *Delação do art. 13*: admite o perdão judicial em face da delação, o que leva à extinção da punibilidade. O magistrado poderá concedê-lo de ofício, ou por requerimento das partes, desde que o delator, sendo primário, colabore de maneira efetiva e voluntária com a investigação e o processo criminal, resultando:

- ◆ na identificação dos demais coautores ou partícipes;
- ◆ na localização da vítima, com sua integridade física preservada;
- ◆ na recuperação total ou parcial do produto do crime.

A lei deu um passo importante nas consequências da delação, admitindo a clemência do juiz com a concessão do perdão, ilidindo a aplicação de pena para aquele que sendo primário (não reincidente) e voluntariamente (não precisa haver espontaneidade) colabore, dando ensejo a um, alguns ou todos os resultados almejados. Desta forma, não precisa haver cumulatividade. Basta a obtenção de um deles, para que o instituto seja aplicado.

Exige-se ainda, no parágrafo único, que, para a concessão do perdão judicial, o magistrado leve em conta a personalidade do agente, além da natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social da infração.

- ◆ *Delação do art. 14:* prevê a redução da pena de 1/3 a 2/3 para o acusado ou indiciado que colaborar voluntariamente com a persecução penal (inquérito e/ou processo), na identificação dos demais coautores ou partícipes, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, que é tudo aquilo conseguido diretamente com a atividade delitiva. As benesses do dispositivo são menos atrativas do que o anterior (art. 13), que prevê a extinção da punibilidade. Assim, não atendendo o delator aos requisitos anteriores, como primariedade, personalidade favorável etc., poderá enquadrar-se no dispositivo em exame, tendo a pena reduzida.

(v) *Lei n. 9.613/98 (lavagem de capitais):* o § 5º do art. 1º contempla três possibilidades ao magistrado: a) redução da pena de 1/3 a 2/3, iniciando o agente o seu cumprimento no regime aberto; b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; c) aplicação do perdão judicial. Para tanto, o agente deve colaborar **espontaneamente** com a autoridade, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração da infração com a respectiva autoria, ou a localização dos bens, direitos ou valores objeto da lavagem. A lei exige espontaneidade, e não a mera voluntariedade. Ademais, se as informações prestadas revelarem apenas os valores obtidos pela infração, o instituto será aplicado, não havendo a necessidade de coautoria.

(vi) *Lei n. 11.343/2006 (Lei de Tóxicos):* o art. 41 prevê a delação como causa especial de diminuição de pena, assegurando que “o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo

criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”. Para a aplicação do instituto, são necessárias:

- ♦ existência de inquérito instaurado com o respectivo indiciamento, ou processo criminal já deflagrado;
- ♦ voluntariedade do agente (a lei não exigiu espontaneidade);
- ♦ *obtenção dos seguintes resultados, de forma cumulativa*: identificação dos demais infratores e recuperação total ou parcial do produto do crime. Basta que os demais coautores ou partícipes sejam identificados (a captura não foi exigida). Se o delator indica o nome de todos aqueles de que tem conhecimento e se depois descobre-se que outras pessoas estavam envolvidas sem que ele soubesse, por exemplo, o grande narcotraficante responsável pela droga que atuava na clandestinidade, entendemos que ainda assim o benefício tem cabimento. Deve-se ter em conta a vontade de colaborar quando o agente delata os comparsas a ele ligados e todos os outros que chegaram ao seu conhecimento. Se dentro do sigilo do crime ele desconhece o inteiro teor da ramificação criminosa, ainda assim será beneficiado. Já o produto do crime é a substância entorpecente, e sua apreensão total ou até mesmo parcial satisfaz a exigência legal.

(vii) *Lei n. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional)*: o § 2º do art. 25 prevê a redução de pena de 1/3 a 2/3, nos crimes cometidos por quadrilhas ou em coautoria, para o agente que confesse **espontaneamente** a infração, revelando toda a trama delituosa à autoridade policial ou judicial. Temos aqui a necessidade de que o ato seja espontâneo e revele a trama delitiva. Não se exigiu expressamente a identificação dos demais coautores ou partícipes nem a recuperação do produto do crime. Estes fatores, contudo, podem ser sopesados na determinação do quanto de redução da pena.

(viii) *Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo)*: contava com a mesma previsão aplicada aos crimes contra o sistema financeiro nacional, aduzindo o parágrafo único do art. 16 que, “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena

reduzida de um a dois terços”. Entretanto, com a recente Lei n. 12.529/2011, a delação premiada poderá resultar em benefício maior, a extinção da punibilidade, desde que cumprido o acordo de leniência – art. 87, parágrafo único.

- (ix) *crimes diretamente relacionados com a prática de cartel*: a Lei n. 12.529/2011 instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e previu acordo de leniência, condicionado à “identificação dos demais envolvidos na infração” e “a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”. Firmado o acordo, será suspenso o curso do prazo prescricional e fica impedido o oferecimento da inicial acusatória – “em relação ao agente beneficiário”. Caso atendidos os requisitos, será extinta a punibilidade do agente, nos termos do art. 87, parágrafo único, da lei. A previsão do novel diploma, além de se aplicar aos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137/90, aplica-se aos “demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel”, tais como os tipificados na Lei n. 8.666/93 e os tipificados no CP.

4. Perguntas ao ofendido

4.1 Considerações gerais: conceito e natureza

O ofendido é o titular do direito lesado ou posto em perigo, é a vítima, sendo que suas declarações, indicando a versão que lhe cabe dos fatos, têm natureza probatória.

Como adverte Nucci, o Estado “é considerado o sujeito passivo constante ou formal, sempre presente em todos os delitos, pois detém o direito de punir, com exclusividade. Entretanto, leva-se em conta, para os fins processuais, o sujeito passivo eventual ou material, isto é, a pessoa diretamente lesada”. Pontue-se o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 407-411), para quem é cabível a condução coercitiva, mas não a responsabilidade por desobediência. Neste sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho (2003c, v. 3, p. 299), Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 547) e Heráclito Mossin (2005, p. 426).

4.2 Repercussões processuais

O ofendido, que não é testemunha, e não pode ser tratado como tal, presta suas declarações sempre que possível, sendo qualificado e interpelado acerca das circunstâncias da infração, de quem presuma ser o infrator, das provas que

possa indicar, sendo tudo reduzido a termo. Não será compromissado a dizer a verdade e, caso minta, não incide em falso testemunho (art. 342, CP), podendo ser responsabilizado, dando ensejo à instauração de inquérito ou processo contra pessoa sabidamente inocente, pelo crime de denúncia caluniosa (art. 339, CP). Também não poderá invocar o direito ao silêncio, salvo se suas declarações puderem incriminá-lo, como na hipótese da existência de lesões corporais recíprocas, o que o transforma também em agressor, ou por medo de eventual retaliação, em face da fragilidade estatal de possibilitar o amparo efetivo às vítimas coagidas ou ameaçadas.

Entendemos que o ofendido está obrigado a comparecer sempre que devidamente intimado para o ato. A ausência injustificada pode implicar condução coercitiva, determinada pelo magistrado ou pela autoridade policial (art. 201, § 1º, CPP), além de eventual responsabilidade por desobediência.

Ao final das perguntas formuladas pelo magistrado ao ofendido, as partes (acusação e defesa, nessa ordem) poderão formular reperguntas, em atenção ao princípio constitucional do contraditório, que não poderá ser afastado na fase judicial. Para tanto, aplica-se analogicamente o dispositivo do art. 473 do CPP, alterado pela Lei n. 11.689/2008, que prevê no procedimento do júri, quando possível, a tomada de declarações do ofendido, não só pelo juiz presidente, mas também pelas partes, que o farão diretamente, sem intermédio do magistrado.

O ofendido é ouvido por iniciativa das partes ou por determinação de ofício da autoridade. Sendo possível, deve ser ouvido. A não realização do ato implica nulidade meramente relativa, devendo o eventual prejudicado demonstrar a ocorrência de prejuízo.

4.3 Valor probatório das declarações do ofendido

O conteúdo das declarações, por partir de pessoa diretamente interessada, recomenda certa cautela. Contudo, não há dúvidas de que tais declarações são meio de prova, fundamentais em crimes de pouca visibilidade, por exemplo, nos crimes sexuais.

Com o advento da Lei n. 11.900/2009, é possível, de acordo com o § 8º, do art. 185, do Código de Processo Penal, a oitiva do ofendido por videoconferência. As críticas à referida previsão que fizemos no tópico relativo ao interrogatório do acusado têm pertinência também quanto à produção dessa prova, guardadas as devidas diferenças entre uma e outra.

4.4 Prerrogativas do ofendido

A Lei n. 11.690/2008 deu novo tratamento à figura do ofendido, tentando resgatar décadas de esquecimento para com a vítima, que deve ser tratada não apenas como mais um meio de prova, e sim como pessoa que merece proteção e amparo do Estado, não só quanto às pretensões materiais e resguardo individual, mas também para que não seja atingida pelos efeitos diretos e indiretos do processo, como a exposição à mídia, traumas psicológicos, risco a integridade física, dentre outros. São prerrogativas do ofendido:

- (i) Comunicação dos “atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem” (art. 201, § 2º, CPP). Entendemos que, para a efetividade do instituto, deve haver a comunicação desde o inquérito policial até a fase das execuções penais, cabendo ao magistrado, sendo possível, a determinação de comunicação da vítima de todas as decisões que impliquem a retirada do réu do cárcere, como relaxamento de prisão, concessão de liberdade provisória, revogação da prisão preventiva, livramento condicional, permissão de saída, dentre outros. Há ainda a necessidade de comunicação das sentenças e acórdãos que mantenham ou modifiquem a prisão, e intimação da vítima para a audiência a que deva comparecer. As comunicações serão feitas no endereço indicado pelo ofendido, admitindo-se, por opção deste, o uso de meio eletrônico. Dessa forma, nada impede que, havendo autorização do ofendido, a comunicação seja feita por e-mail (art. 201, § 3º, CPP).
- (ii) Lugar separado antes da audiência e durante sua realização, com o objetivo de que o ofendido tenha o mínimo de contato com o agressor, com os familiares deste, evitando-se também, a depender da situação, o assédio da imprensa (§ 4º). É evidente que, pela estrutura dos Fóruns no país, tal previsão será de difícil implementação.
- (iii) Encaminhamento judicial a atendimento multidisciplinar, “especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde”, sendo que o ônus será suportado pelo agressor ou pelo Estado (§ 5º). O pleno amparo ao ofendido ganha reforço, na preocupação com o acompanhamento pós-traumático, seja na área psicossocial, com atendimento de psicólogas e assistentes sociais, apoio jurídico, com intervenção das Defensorias Públicas que podem prestar valiosa contribuição, não só na seara cível, em razão dos danos causados pela infração, mas também com a possibilidade de habilitação como assistente de acusação, além do amparo médico, com encaminhamento para tratamento das consequências ocasionadas pela

conduta delituosa. As despesas do acompanhamento só poderão ser suportadas pelo ofensor após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e desde que fique reconhecido na decisão como parte do valor mínimo indenizatório, pois, caso contrário, haverá nítida violação ao princípio da presunção de inocência. Enquanto isso, caberá ao Estado prover o atendimento da vítima, como já ocorre normalmente.

- (iv) Retirada do réu da sala para que o ofendido preste declarações livre de qualquer desconforto psicológico. O imputado assistirá ao ato por videoconferência, evitando-se que fique no mesmo ambiente do ofendido, quando houver risco comprovado de que sua presença cause humilhação, temor ou constrangimento à vítima. Não sendo possível a videoconferência, pela ausência dos recursos tecnológicos necessários, ainda assim o réu será retirado da audiência, prosseguindo-se com a presença do defensor.
- (v) Caberá ainda ao magistrado tomar 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). A exposição pública do acontecimento criminoso pode se tornar para a vítima e seus familiares tão degradante quanto a própria infração. Os detalhes do acontecimento, que funcionam como produto de atratividade da grande mídia, que partilha o sofrimento alheio com todos, num paranoico ciclo de um divã coletivo, onde no íntimo o conforto do outro é não ser a vítima, mas por alguns momentos, em frente à tela, sentir-se como ela, acaba exigindo o devido filtro judicial, que pode chegar, em situações como tais, a decretação do segredo de justiça, limitando o acesso aos autos apenas aos interessados, o que pode atingir, inclusive, a fase do inquérito policial, que em si já é, ou pelo menos deveria ser, sigilosa.

5. Testemunhas

5.1 Conceito e natureza

Testemunha é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente. Ganham relevo a visão e a audição, porém nada impede que a testemunha amealhe suas impressões por meio do tato e do olfato.

Quanto à natureza jurídica, é mais um meio de prova, que conta com a colaboração daqueles que, escolhidos pelo destino, acabam tendo conhecimento do acontecimento delitivo.

5.2 Características da prova testemunhal

São elas:

- (i) *judicialidade*: tecnicamente, testemunha é aquela pessoa que presta o seu depoimento perante o magistrado. A oitiva perante o delegado ou outras autoridades, como acontece nas CPIs, deve ser reproduzida na fase processual, notadamente pela inexistência em tais procedimentos de contraditório ou ampla defesa;
- (ii) *oralidade*: *prevalece a palavra falada*. Nada impede, contudo, que a testemunha faça breve consulta a apontamentos. Não se deve exigir da testemunha que decore os mínimos detalhes, servindo os apontamentos para reavivá-los. A exceção à oralidade ocorre para os mudos e surdos-mudos. Existe ainda a prerrogativa de algumas autoridades, que podem optar por prestar o depoimento por escrito, quando então as perguntas a serem respondidas, formuladas pelas partes e pelo juiz, ser-lhes-ão transmitidas por ofício. São elas: Presidente e Vice-Presidente da República, além dos presidentes do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal (art. 221, § 1º, CPP). A lei não contemplou o presidente do STJ, nem o do Congresso Nacional. Em que pese este último ser o próprio presidente do Senado, como as funções são distintas, sendo ouvido na condição de Presidente do Congresso, não terá tal prerrogativa;
- (iii) *objetividade*: deve a testemunha cingir-se a declarar aquilo que apreciou, sem emitir opinião pessoal, salvo quando inseparáveis da narrativa dos fatos (art. 213, CPP);
- (iv) *individualidade*: devem ser ouvidas *de per si*, separadamente, evitando-se que as testemunhas ainda não ouvidas tenham contato com o depoimento das outras. Ademais, antes de iniciada a audiência e no seu transcurso, serão reservados espaços separados, garantindo-se a incomunicabilidade. Ficando demonstrado que a incomunicabilidade foi violada, ainda assim a testemunha será ouvida, devendo ficar registrado no termo de audiência, para que o magistrado possa dar o devido valor ao aquilatar o depoimento (art. 210, *caput* e parágrafo único, CPP);
- (v) *retrospectividade*: a testemunha vai narrar o que sabe sobre os fatos de que

tem conhecimento. A percepção é pretérita. Refere-se a acontecimentos passados, para não se tornar mera especuladora.

5.3 Recusa e impedimento

Como regra, toda e qualquer pessoa poderá figurar como testemunha (art. 202, CPP). O testemunho é um dever, sendo uma forma de contribuir com a administração da justiça no intuito de descortinar a verdade.

Contudo, a própria legislação indica pessoas que **podem recusar-se**, em certas circunstâncias, a depor, ou até mesmo aquelas que estão **impedidas** de figurar como testemunhas.

De início, vamos identificar as pessoas que podem **recusar-se** a contribuir com o testemunho. A legislação, de forma sábia, eximiu da obrigação de depor aquelas pessoas que gozam de parentesco próximo com o réu (art. 206, CPP). A lei não poderia quebrar ou sobrepujar laços muitas vezes indissolúveis de respeito e carinho dentro das relações familiares e conjugais. Assim, os ascendentes e descendentes, os afins em linha reta, o cônjuge, o irmão, o pai, a mãe e o filho adotivo do acusado não estão obrigados a depor. Incluímos nesse rol, por força do art. 226, § 3º, da CF, a companheira. Quanto ao cônjuge, mesmo que separado judicialmente ou até divorciado, a prerrogativa persiste. Muitas vezes os laços afetivos persistem, notadamente quando existem filhos, o que deve ser preservado.

Tais pessoas, contudo, irão depor se desejarem, afinal, podem dispor da prerrogativa que lhes é facultada. Pode acontecer ainda que não seja possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias, quando então estarão obrigadas a figurar como testemunha. Assim, em não havendo outra prova do crime, ou sendo o testemunho fundamental para integrar aquelas até então colhidas, os parentes do réu estarão obrigados a colaborar. Ainda assim, não prestarão compromisso de dizer a verdade e, caso mintam, não praticarão falso testemunho.

Já os parentes da **vítima** estão obrigados a depor sob compromisso e, caso faltem com a verdade, praticarão crime. Deve o magistrado ter especial cuidado na valoração de tais depoimentos, em razão do envolvimento emocional que é peculiar em tais situações.

O art. 207 do CPP, por sua vez, trata das **pessoas impedidas** de figurar como testemunha. Estas, mesmo que desejem, estão impossibilitadas por vedação legal, salvo quando desobrigadas pela parte interessada. Ainda assim, só irão

depor se desejarem. Em o fazendo, serão compromissadas, e faltando com a verdade, incorrem em falso testemunho. São aquelas pessoas que, pelo desempenho de ministério, ofício, profissão ou em razão de função, devem guardar segredo. Como salienta Mirabete, ao “invés de adotar o sistema de indicar especificamente as profissões compatíveis com o segredo profissional, como outras legislações, a lei pátria usa de palavras compreensivas, de forma genérica, para indicá-las. Consideram-se, na doutrina, como pessoas que devem guardar segredo aquelas: a) previstas em lei; b) previstas nos regulamentos que disciplinam o exercício da atividade; c) previstas por normas consuetudinárias; e d) as indicadas pela própria natureza da atividade” (MIRABETE, 2004, p. 294).

Para efeito da vedação legal, consideram-se (NORONHA, 2002, p. 151):

- (i) *função*: o encargo que alguém recebe em virtude de lei, decisão judicial ou contrato. Pode abarcar ainda a função pública;
- (ii) *ministério*: é o encargo em atividade religiosa ou social;
- (iii) *ofício*: é a atividade eminentemente mecânica, manual;
- (iv) *profissão*: é a atividade de natureza intelectual, ou aquela que contempla a conduta habitual do indivíduo, tendo fim lucrativo.

5.4 Demais vedações

São elas:

- (i) os advogados estão impossibilitados de figurar como testemunha e, mesmo quando autorizados pelo interessado, poderão recusar-se. O art. 7º, XIX, do Estatuto da OAB, estabelece o direito do advogado de “recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”;
- (ii) os Deputados e Senadores não estão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas no exercício do mandato, nem sobre pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (art. 53, § 6º, CF). Se o conhecimento apreendido não se deve ao exercício funcional, estarão obrigados a testemunhar como qualquer outra pessoa;
- (iii) os magistrados e promotores estão impedidos de atuar na persecução penal e figurar como testemunha concomitantemente (art. 252, II, c/c art. 258, CPP);
- (iv) corréu também não pode ser testemunha em relação ao seu comparsa,

afinal, não presta compromisso de dizer a verdade, podendo até mesmo mentir. Não se nega valor jurídico à delação do corréu, que pode ter o *status* até de *delação premiada*, devendo-se assegurar reperguntas ao advogado do comparsa delatado, contudo tais declarações não têm a natureza de prova testemunhal.

5.5 Deveres da testemunha

- (i) *comparecimento*: a testemunha, devidamente intimada, tem o dever de comparecer ao juízo no local, dia e hora designados e, caso não compareça nem justifique a ausência, poderá ser conduzida coercitivamente; multada (de 1 a 10 salários mínimos, por previsão do art. 458 c/c art. 436, § 2º, CPP, alterados pela Lei n. 11.689/2008); responsabilizada pelo crime de desobediência, além do pagamento das custas da diligência para trazê-la coercitivamente (art. 219, CPP). Para a incidência do crime de desobediência, além da ausência injustificada, é necessária a previsão legal expressa nesse sentido, o que é dado pelos arts. 219 e 458 do CPP. Já a testemunha que no processo civil se faz ausente não incorre em desobediência, pois não há previsão desta ordem no CPC;
- (ii) *compromisso com a verdade*: a testemunha, como regra, é compromissada a dizer a verdade e, caso venha a fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade, incide nas penas do art. 342 do CP (falso testemunho). Já vimos que as pessoas indicadas no art. 206 do CPP, pelos laços de proximidade e parentesco com o réu, não são compromissadas. Da mesma forma, os menores de 14 anos, os doentes e deficientes mentais também não são compromissados, pois não possuem a devida noção da importância e das repercussões do ato de testemunhar (art. 208, CPP);
- (iii) *informação para fácil localização*: a testemunha ainda é obrigada a informar ao juiz, dentro do período de 1 ano contado do seu testemunho, eventual mudança de residência (art. 224, CPP). Não o fazendo, caso precise ser novamente ouvida e não seja encontrada, será tratada como testemunha faltante, incorrendo nas consequências do art. 219 do CPP (multa, condução coercitiva, pagamento da diligência, responsabilidade por desobediência). Entendemos, portanto, que a mera ausência de comunicação não pode desaguar em tais sanções, como prevê o art. 224 do CPP. A omissão deve ter reflexos efetivos, ou seja, deve frustrar intimação para que ela seja novamente ouvida.

5.6 Número de testemunhas

O número de testemunhas pode oscilar de acordo com o procedimento a ser seguido. É entendimento jurisprudencial corrente que este número deve ser contado em atenção a cada réu, no caso de concurso de pessoas, e para cada fato delituoso, em sendo imputada a prática de mais de uma infração. Vejamos:

- (i) *no procedimento comum ordinário*: 8 testemunhas;
- (ii) *no procedimento sumário*: 5 testemunhas;
- (iii) *no procedimento sumaríssimo*: 3 testemunhas;
- (iv) *na segunda fase do júri*: 5 testemunhas;
- (v) *no procedimento da nova Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/2006)*: 5 testemunhas.

5.7 Classificação

A classificação doutrinária elenca as espécies de testemunha na forma abaixo:

- (i) *numerárias*: são as arroladas pelas partes e compromissadas, integrando o número legal;
- (ii) *extranumerárias*: são aquelas ouvidas por iniciativa do juiz e são de regra compromissadas (art. 209, CPP). É o que pode ocorrer com as testemunhas **referidas**, que são aquelas referenciadas por outra testemunha. Nada impede que o magistrado determine a oitiva de ofício;
- (iii) *informantes*: não prestam o compromisso de dizer a verdade. São as pessoas do art. 206 do CPP, além dos menores de 14 anos, dos doentes e deficientes mentais (art. 208, CPP). Não são inseridas no número legal;
- (iv) *própria*: é ouvida sobre o *thema probandum*, ou seja, acerca dos fatos delituosos;
- (v) *imprópria, instrumentária ou fedatária*: presta depoimento sobre um ato da persecução criminal. Alguns atos exigem, para sua integralização formal, a presença de testemunhas. É o que ocorre na busca e apreensão domiciliar, em que o auto de formalização da diligência será assinado por duas testemunhas presenciais (art. 245, § 7º, CPP). Da mesma forma, na lavratura do auto de prisão em flagrante, se não existirem testemunhas do fato, serão utilizadas as testemunhas de apresentação. Estas nada sabem do fato delituoso, declarando apenas que presenciaram a apresentação do preso à autoridade (art. 304, § 2º, CPP);

- (vi) *laudadores*: são as pessoas que prestam declarações acerca dos antecedentes do infrator. Caso abonem a sua conduta pretérita, são chamadas de **testemunhas de beatificação**;
- (vii) *testemunhas da coroa*: são os agentes infiltrados, como na previsão da Lei n. 9.034/95 (organizações criminosas) e da Lei n. 11.343/2006 (tóxicos). Essas pessoas, normalmente agentes policiais, estarão disfarçadas durante as investigações, fazendo parte da ritualística do crime, o que lhes permite presenciar, de forma privilegiada, os acontecimentos;
- (viii) *inócua*: a pessoa que nada souber de aproveitável à elucidação da causa, não será computada como testemunha (art. 209, § 2º, CPP).

5.8 Lugar do depoimento e precatória

Correndo o processo na comarca onde a testemunha reside, esta deve comparecer à sede do juízo no dia e hora aprazados. As pessoas impossibilitadas de comparecer por enfermidade ou velhice serão ouvidas onde estiverem (art. 220, CPP).

Residindo a testemunha em outra comarca, será ouvida por meio de carta precatória. As partes são intimadas da expedição da carta. A ausência de intimação implica nulidade relativa (súmula n. 155, STF). Não há nulidade por ausência de intimação da data da audiência no juízo deprecado. Neste sentido, o STJ editou a Súmula n. 273: “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado”. A parte terá que empreender esforços para se informar do dia em que a audiência será realizada, entrando em contato com a respectiva vara criminal. Contra este entendimento encontra-se Tourinho Filho, entendendo que a intimação para a audiência é obrigatória, sob pena de ferir o princípio constitucional da ampla defesa (TOURINHO FILHO, 1999, v. 1, p. 433).

A presença do réu na audiência perante o juízo deprecado é facultativa, e, caso o advogado também não compareça, será nomeado defensor *ad hoc* para acompanhar o ato.

A precatória não suspende o curso do processo. É dado prazo razoável, e, antes de estar esgotado, não vai haver julgamento. Uma vez devolvida a carta, é juntada aos autos, mesmo após o julgamento.

A Lei n. 11.900/2009, por sua vez, prevê que as disposições relativas ao interrogatório por videoconferência têm aplicação, no que couber, “à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja

presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido” (art. 185, § 8º, CPP). As críticas que apontamos anteriormente têm lugar também aqui, embora com menor ênfase, haja vista que há maior possibilidade de prejuízo ao acusado com a realização de seu interrogatório por videoconferência do que com a tomada de depoimento testemunhal.

Também para evitar a emissão de carta precatória, é possível a oitiva das testemunhas por “videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento” (art. 222, § 3º, CPP).

Nada impede que haja a expedição de carta rogatória, quando a testemunha esteja no estrangeiro, ou carta de ordem, em que o tribunal perante o qual o processo tramita expede determinação para que a testemunha seja ouvida perante o juiz da comarca em que reside.

Algumas pessoas, em razão do cargo que ocupam, indicadas pelo art. 221 do CPP, serão ouvidas com a prerrogativa de ajustarem previamente local, dia e hora com o magistrado, é o que ocorre, *v.g.*, com o Presidente e Vice-Presidente da República, Senadores e Deputados Federais, Ministros de Estado, Deputados Estaduais, juízes, dentre outros.

5.9 Testemunho dos militares e funcionários públicos

Os militares, na condição de testemunha, serão requisitados ao seu superior hierárquico (art. 221, § 2º, CPP). Já os funcionários públicos, apesar de a intimação pessoal ser obrigatória, têm a expedição do mandado comunicada ao chefe da repartição, no intuito de viabilizar a continuidade do serviço público, providenciando-se, se possível, a substituição do funcionário que naquele dia não irá trabalhar, pois estará depondo.

5.10 Procedimento para tomar o depoimento

O procedimento vai seguir a seguinte ritualística:

- ◆ Inicialmente, a testemunha devidamente intimada deverá comparecer no dia e hora aprezados. Não o fazendo, poderá ser conduzida coercitivamente, sem prejuízo das demais sanções (art. 219, CPP). Se a testemunha não fosse encontrada, poderia ser substituída, tendo a parte 3 dias para indicar a nova testemunha, contados da devida intimação, por previsão do art. 405, CPP, prazo este que, apesar da omissão legal, era

também aplicado para a acusação. O art. 405 sofreu alteração da Lei n. 11.719/2008 e atualmente trata do registro dos atos da audiência do procedimento comum ordinário, sendo que a substituição da testemunha simplesmente não possui mais disciplina legal. Restaria a pergunta: podem as partes substituir as testemunhas não encontradas, ou, em razão da revogação da antiga redação do art. 405, isso não é mais possível? Para responder a tal indagação, precisamos nos socorrer do art. 461, § 2º, CPP, que trata do procedimento do júri, ao averbar que, se a testemunha não for encontrada, havendo certidão do oficial de justiça neste sentido, a audiência será realizada, não contemplando, portanto, oportunidade para indicar testemunha em substituição. Isso se deve para coibir uma praxe indigesta da parte que indicava testemunha inexistente para procrastinar o feito ou ganhar tempo para indicar o rol verdadeiro de testemunhas. Entretanto, é evidente que não se pode presumir a má-fé da parte, e havendo certidão de que a testemunha não foi encontrada, ou que faleceu ou viajou, mesmo sem previsão legal neste sentido, entendemos que a parte deve ser intimada e poderá trazer, independente de qualquer formalidade, a testemunha substituta para audiência de instrução. Dessa forma, evita-se a procrastinação processual, respeitando-se tanto o direito da acusação quanto da defesa.

É possível que a oitiva da testemunha seja antecipada, se eventualmente tiver de ausentar-se, como para realizar viagem internacional ou morar em outra localidade, ou ainda se houver receio de falecimento antes da instrução, seja por enfermidade ou velhice (art. 225, CPP).

- ♦ As testemunhas serão ouvidas separadamente, de sorte que umas não tenham contato com os depoimentos das outras. Fala-se agora, com a inserção do parágrafo único ao art. 210 do CPP pela Lei n. 11.690/2008, em verdadeira incomunicabilidade, tanto que as testemunhas não devem saber nem ouvir os depoimentos das outras, reservando-se espaços separados para que não tenham contato entre si. Não se pode fechar os olhos do quão é difícil a preservação da incomunicabilidade, principalmente porque o contato das testemunhas fora do juízo, notadamente nas comarcas menores, é frequente. Desta sorte, ficarão incomunicáveis no Fórum, antes e durante a audiência, mas não se tem como fiscalizar o contato pretérito. Se elas tiverem conversado entre si, o fato deve ser encarado como mera irregularidade, cabendo ao magistrado deixar consignado no termo esta circunstância, chegando ao seu

conhecimento, para dar a devida valoração às declarações prestadas.

- ◆ A testemunha deve ser compromissada e advertida das penas cominadas ao falso testemunho (art. 210, *in fine*, CPP). A testemunha não poderá invocar o direito ao silêncio e, se o fizer, responderá por falso testemunho, afinal, o falso também se caracteriza quando alguém cala a verdade. A exceção se dá quando o fato possa incriminar a própria testemunha, que não estará obrigada a se autoincriminar.
- ◆ Uma vez compromissada, a testemunha será qualificada, “devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas” (art. 203, CPP). Entendemos que a qualificação integra o ato e que, se a testemunha falta com a verdade, incorrerá nas sanções do art. 342 do CP (falso testemunho). Contra, acreditando que o crime em espécie seria o de falsa identidade (art. 307, CP), encontra-se Guilherme Nucci (2004, p. 415).
- ◆ Havendo dúvidas quanto à identidade da testemunha, o juiz patrocinará o esclarecimento pelos meios à sua disposição, podendo até mesmo socorrer-se à autoridade policial para tal verificação, sem prejuízo de ouvi-la desde logo (art. 205, CPP).
- ◆ Após a qualificação, oportuniza-se a contradita, ou seja, a impugnação da testemunha a ser ouvida. É o que ocorre se a pessoa está impedida de depor (art. 207, CPP), ou não deve ser admitida a prestar compromisso (art. 208, CPP). A contradita é julgada na audiência, devendo o magistrado ouvir a parte contrária, a testemunha contraditada, e depois decidir se é caso de exclusão da testemunha, ou simplesmente de não tomada de compromisso, mantendo-se a realização do depoimento. Nada impede que a parte que arrolou a testemunha apresente contradita, se eventualmente descobrir algo que macule a pessoa por ela arrolada. O magistrado, por sua vez, como presidente do feito, identificando impedimento ou hipótese de dispensa de compromisso, deve de ofício tomar as providências adequadas, independente de contradita das partes.

As partes podem alegar ainda circunstâncias ou defeitos que tornem a testemunha suspeita de parcialidade ou indigna de fé (art. 214, CPP). Estes elementos, que nada mais são do que uma forma de impugnação, servem para alertar o julgador de quem seja aquela testemunha, para dar a devida valoração ao depoimento. É possível que a testemunha seja amiga íntima ou inimiga

capital do réu, tenha quebrado a comunicabilidade, ou responda a processo semelhante, ou já tenha sido condenada por falso testemunho. São circunstâncias que não impedem o depoimento, nem a tomada de compromisso, mas alertam o magistrado no momento de valorar a prova.

5.11 O depoimento

- ◆ A forma oral é a regra (art. 204, CPP), ressalvadas as exceções legalmente previstas, como no caso do mudo ou do estrangeiro. É facultado à testemunha consultar apontamentos.
- ◆ De acordo com a nova sistemática adotada pelo art. 212, *caput*, CPP, entendemos que as partes deverão formular suas perguntas à testemunha em primeiro lugar. Ao juiz incumbirá, ao final, esclarecer pontos ainda não elucidados. No mesmo sentido é o entendimento de Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 287-288) e do STJ (HC 210.703 – Rel. Min. Jorge Mussi – *DJe* 9-11-2011), para quem haverá nulidade relativa, no caso de inversão da ordem prevista no dispositivo mencionado. Contra, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto (2008, p. 302) entendem que o juiz continua formulando suas perguntas em primeiro lugar.
- ◆ O sistema presidencialista, no qual as perguntas eram feitas por intermédio do magistrado, fica superado, como já acontecia no júri. Entretanto, quanto aos jurados que desejem reperguntar, terão que se valer do juiz presidente como intermediário. Como o jurado não tem preparo técnico, optou o legislador por manter o juiz presidente como fio condutor da pergunta (art. 212, *caput*, CPP, alterado pela Lei n. 11.690/2008, c/c art. 473, § 2º, CPP, alterado pela Lei n. 11.689/2008). A parte que arrolou a testemunha repergunta em primeiro lugar (*direct-examination*) e, em seguida, a parte contrária (*cross-examination*). Havendo assistente de acusação, este faz suas perguntas após o MP. Se a testemunha é do juízo, a defesa repergunta por último. As reperguntas das partes são mera faculdade, e, acerca dos pontos eventualmente não esclarecidos, o magistrado poderá complementar a inquirição.
- ◆ O juiz não indefere pergunta das partes, salvo se “puderem induzir resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida” (art. 212, CPP). O sistema de fiscalização judicial não foi abandonado, pois o juiz, após a formulação da pergunta pela parte, poderá obstar a resposta, desde que haja cabal impertinência, posto que a

pergunta não tenha relação com a causa ou já tenha sido respondida, ou ainda, como inovação legislativa, caso a indagação possa induzir a testemunha na resposta. Percebe-se claramente a preocupação do legislador em evitar que a parte faça perguntas tendenciosas, levando a testemunha a erro, no qual a resposta acabe sendo fabricada por argúcia do interpelante, retirando do testemunho a espontaneidade necessária para o esclarecimento da verdade.

É necessário, mais uma vez, cuidado redobrado ao se indeferir a pergunta. Não se deve podar a atuação da parte que não venha a incorrer diretamente nas vedações legais. Portanto, a habilidade na formulação das perguntas, que deseja extrair o máximo da testemunha, ou revelar contradições daquele que foi orientado a depor para maquiagem a verdade, não pode ser obstada, sob pena de se dar ensejo à nulidade do ato. Para tanto, a parte que teve a pergunta negada deve requerer que se faça constar no termo de audiência não só o teor da pergunta, mas também a fundamentação judicial da recusa, resguardando-se para futura arguição em preliminar recursal, sem prejuízo da interposição de correção parcial. Nada impede que a parte contrária também se manifeste, fazendo suas considerações. De outro lado, não é admitido que a parte ou o magistrado maltratem a testemunha, já que a urbanidade é ínsita a audiência e deve ser observada por todos. As advertências reiteradas durante o depoimento das penas do crime de falso testemunho ou ameaças de prisão, utilizadas como forma de intimidar o depoente, também devem ser combatidas, podendo contaminar o ato e descredibilizar o material probatório.

- ◆ A redação do depoimento, dentro do possível, deve reproduzir fielmente as expressões utilizadas pela testemunha (art. 215, CPP). O objetivo é evitar distorções, mantendo-se respeitado o teor do relato. Sempre que possível, o registro deve ser feito “pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações” (art. 405, § 1º, CPP). Busca-se uma maior agilidade e eficiência nos registros, e no caso do recurso audiovisual, a parte receberá cópia do registro original, não sendo necessária a transcrição.
- ◆ As declarações serão reduzidas a termo, assinado por ela, pelo magistrado e pelas partes. Caso a testemunha não saiba ou não possa assinar, um terceiro o fará por ela, depois de lido o depoimento na presença de ambos (assinatura a rogo). A lei não contemplou a possibilidade de a testemunha negar-se a assinar o termo. Se isso acontecer, devem ser formalizados na

ata de audiência os motivos da recusa, esclarecendo-se o porquê da ausência de assinatura. Não será necessária a assinatura a rogo. Nada impede que a testemunha seja responsabilizada por desobediência.

- ♦ Havendo receio de intimidação da testemunha, pois a presença do réu poderá causar-lhe humilhação, temor ou sério constrangimento, e desde que haja elementos robustos em tal sentido, prejudicando o próprio ato em sua veracidade, a inquirição será realizada por videoconferência, e o réu assistirá ao procedimento do estabelecimento prisional, ou de sala específica para transmissão, inclusive no próprio Fórum. Não sendo possível, já que o aparato tecnológico a viabilizar o ato ainda é uma realidade distante do Judiciário brasileiro, o réu será retirado da sala, permanecendo o seu defensor. O testemunho deve ser um ato livre, despido de coação, expressa ou implícita. A fragilidade na proteção das testemunhas dá margem a toda sorte de coação, e, se a presença do réu na audiência puder constranger de tal ordem a testemunha, de forma a comprometer o depoimento, tais medidas serão adotadas. Não se pode, contudo, presumir a intimidação. A presença do réu na audiência é expressão da ampla defesa, de sorte que os motivos que justifiquem a retirada devem ser sérios e devidamente comprovados, sendo tudo relatado no termo de audiência (art. 217, CPP).

5.12 Falso testemunho e prisão em flagrante

Caso a testemunha faça afirmação falsa, cale ou negue a verdade, cabe ao magistrado, uma vez proferida a sentença e constatada tal circunstância, remeter cópia do depoimento à autoridade policial, para que se instaure inquérito (art. 211, CPP). Com as investigações, as circunstâncias do fato serão esclarecidas, propiciando-se a futura deflagração da ação penal. Nada impede que o promotor, estando suficientemente convencido pelos elementos constantes dos autos em que ocorreu o falso, deflagre de pronto a ação, dispensando a elaboração do inquérito policial. É de bom tom, portanto, que o magistrado, antes de remeter cópia do depoimento da testemunha ao delegado, abra vistas ao MP (art. 40, CPP), pois o titular da ação, estando convencido, oferecerá, de plano, denúncia, sendo desnecessária a instauração do inquérito.

Já quanto à responsabilidade pelo crime de falso, prevê o § 2º do art. 342 do CP que “o fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”. Desta forma, se a testemunha se retratar no processo em que tenha mentido, declarando a verdade

antes de a sentença ser prolatada, haverá a extinção da punibilidade.

Ficaria a pergunta: e em que momento será instaurada a apuração do falso testemunho? Consoante entendimento do STJ (HC 73.059/SP – Rel. Min. Gilson Dipp – *DJ* 29-6-2007), admite-se a apuração do falso paralelamente à instauração do inquérito, e até mesmo do processo em que este se deu, objetivando evitar a prescrição deste delito, mesmo que o processo em que a testemunha tenha mentido ainda não tenha chegado ao seu final. Corre-se o risco, contudo, de que o esforço seja em vão, pois, se a testemunha se retratar dentro do processo em que tenha mentido e antes de a sentença ser proferida, haverá a extinção da punibilidade. É o preço a se pagar. Ressalte-se, porém, que, para que o processo pelo falso seja sentenciado, deve-se aguardar o deslinde daquele processo em que a testemunha tenha mentido (decisão transitada em julgado), e isto por um simples motivo: para que o crime se caracterize, é necessário que o magistrado ou o tribunal reconheçam o depoimento como inverídico e que este toque em ponto relevante do processo. Ora, admitamos a possibilidade de o juízo de 1º grau reconhecer na sentença que se trata de falso, e, na fase recursal, o tribunal decidir em sentido diametralmente oposto, valendo-se daquele depoimento para sustentar o acórdão. É sinal de que o crime não ocorreu. Para que não haja açodamento, deve-se aguardar o trânsito em julgado da decisão, para só então proferir sentença pelo crime de falso.

Já quanto à prisão em flagrante da testemunha, prevê o parágrafo único do art. 211 do CPP esta possibilidade, quando, após prestado o depoimento, a decisão do processo for proferida em audiência, eis que após a sentença a testemunha não mais poderá se retratar. Em seguida ao depoimento realizado em plenário, caso o magistrado julgue o processo, imediatamente apresentará a testemunha à autoridade policial. Isto é possível em todos os procedimentos em que o depoimento das testemunhas e a prolação da sentença são concentrados na mesma audiência. O dispositivo se refere ao procedimento sumário, disciplinado nos arts. 531 e seguintes do CPP, com as alterações da Lei n. 11.719/2008, ao procedimento originário dos tribunais (art. 561, CPP) e ao plenário do júri. Neste último caso, deve ser realizado quesito específico aos jurados acerca do falso testemunho, para que só então as providências sejam tomadas. Se eles negarem a ocorrência do crime, nada poderá ser feito contra a testemunha.

Podemos incluir ainda, sem pretensão de exaustão, o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais (art. 81, Lei n. 9.099/95), o procedimento da Lei de Tóxicos (arts. 57 e 58, Lei n. 11.343/2006) e o procedimento comum ordinário, com o novo tratamento dado pela Lei n. 11.719/2008, já que agora, de

regra, a sentença será proferida em audiência (art. 403, CPP).

Quanto ao procedimento originário dos tribunais, o art. 561 do CPP encontra-se revogado pela Lei n. 8.658/93, estando a matéria atualmente tratada na Lei n. 8.038/90, e neste procedimento, por ausência de previsão legal oportunizando o flagrante, restará a instauração de inquérito policial para apurar o falso testemunho.

5.13 Competência para julgamento do falso testemunho

O juízo competente para julgar o falso é o do local da consumação do delito (art. 70, CPP). Se o depoimento é prestado por carta precatória, a competência firma-se no juízo deprecado. Já no falso praticado perante a Justiça do Trabalho, o STJ editou a Súmula n. 165, assegurando: “compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista”.

5.14 Proteção

A Lei n. 9.807/99 instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, que é estendido também a infratores que tenham colaborado com a persecução penal. A União, os Estados e o Distrito Federal podem celebrar convênios, acordos ou parcerias entre si ou com entidades não governamentais, objetivando a realização dos programas (art. 1º, § 1º).

Os programas serão dirigidos por um conselho deliberativo, composto de representantes do MP, do Judiciário e por órgãos públicos e privados vinculados à segurança pública e à defesa dos direitos humanos (art. 4º).

As medidas aplicáveis, de forma isolada ou cumulada, sem prejuízo de outras, estão indicadas no art. 7º, tais como: segurança na residência; escolta; transferência de residência; preservação da identidade, imagens e dados; ajuda financeira mensal para subsistência, inclusive familiar, em havendo impossibilidade para o trabalho; suspensão das atividades funcionais, sem prejuízo dos vencimentos, no caso dos funcionários públicos civis ou militares; apoio social, médico e psicológico; sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção; auxílio para prática de atos civis ou administrativos que exijam a presença da pessoa protegida.

As medidas determinadas pelo conselho, contudo, estão condicionadas à disponibilidade orçamentária (art. 6º, parágrafo único), de sorte que a efetividade da proteção encontra-se altamente fragilizada pela escassez de recursos.

5.15 Valor probatório

Sendo meio probatório como outro qualquer, o valor da prova testemunhal é relativo. Como o art. 202 do CPP assegura a liberdade na seleção da testemunha, dizendo de forma genérica que toda pessoa poderá figurar como tal, salvo as hipóteses legalmente estabelecidas, o depoimento infantil e o de policiais não devem ser afastados de pronto, cabendo valoração de acordo com o contexto probatório.

6. Reconhecimento de pessoas e coisas

6.1 Conceito e natureza jurídica

Eventualmente pode ser fundamental para o deslinde da causa que algum objeto, ou alguém vinculado direta ou indiretamente ao evento delitivo, seja reconhecido. Nessa lógica, a pessoa que tenha tido contato anteriormente com a coisa ou pessoa a ser reconhecida será chamada a prestar sua contribuição, confirmando se realmente se trata da pessoa ou coisa que se imagina ser.

De acordo com Mirabete, “é o ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade da pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu, que conhece, em ato processual praticado diante da autoridade policial ou judiciária, de acordo com a forma especial prevista em lei” (2004, p. 307), tendo natureza jurídica de meio de prova.

6.2 Reconhecimento de pessoas

Tem por finalidade identificar o acusado, o ofendido ou as testemunhas. Não só a identificação do infrator é importante. Eventualmente uma testemunha, para beneficiar o réu, pode negar que estava presente no local do crime, cabendo assim o expediente de reconhecimento por alguém que a tenha visto. Da mesma forma, a vítima pode negar a sua condição, por temor, por alguma vantagem que lhe é ilicitamente oferecida ou simplesmente para proteger o infrator.

6.2.1 Procedimento

O reconhecimento pode ser determinado na fase preliminar ou processual, tanto pelo magistrado quanto pela autoridade policial, seguindo a seguinte sequência (art. 226, CPP):

- ◆ a pessoa a fazer o reconhecimento inicialmente descreverá a pessoa a ser reconhecida (inc. I);
- ◆ a seguir, e se for possível, a pessoa a ser reconhecida é colocada ao lado

de outras de semelhantes características (inc. II). Havendo mais de uma pessoa para realizar o reconhecimento, deverão fazê-lo separadamente, devendo-se evitar comunicação entre elas. Isto se deve para impedir a influência que um reconhecedor possa realizar no outro, maculando o procedimento (art. 228, CPP);

- ♦ por fim, procede-se à lavratura de auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa que realizou o reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. É claro que, se a pessoa não reconheceu o indivíduo, esta circunstância deve também ser relatada, até para servir de substrato à futura argumentação defensiva, ou colaborar para que o MP promova o arquivamento dos autos do inquérito policial (inc. IV).

6.2.2 Intimidação

O reconhecimento deve ser o mais livre possível. Havendo receio de intimidação, a autoridade providenciará para que o reconhecendo não veja o reconhecedor (inc. III). Essa estratégia não se aplica em juízo, pois violaria o princípio da publicidade, além de espancar a ampla defesa e o contraditório (parágrafo único, art. 226, CPP). Filiando-se ao texto legal, inadmitindo tal expediente na instrução processual ou em plenário de julgamento, Magalhães Noronha (2002, p. 164) e Tourinho Filho (1999, v. 1, p. 438). É também a nossa posição.

Não se deve olvidar que o reconhecimento acaba sendo um ato de coragem e de extrema exposição, pela dificuldade e precariedade em se assegurar a integridade física daqueles que se arriscam no ato de reconhecimento. Há, assim, aqueles que sustentam que mesmo na fase processual o reconhecedor fique às escondidas, fazendo um **reconhecimento informal**, despido das exigências legais, e que funcionaria como prova, afigurando-se o reconhecedor como verdadeira testemunha. Neste sentido, Guilherme Nucci (2007, p. 442).

6.3 Reconhecimento fotográfico e fonográfico

O reconhecimento por meio de fotografia tem se tornado expediente comum. Os álbuns realizados pela polícia remontam verdadeiro acervo de identificação de infratores. É prova inominada e, segundo o STF, pode ser utilizado, desde que corroborado por outros elementos de prova, em face de sua precariedade (STF – 2ª T. – HC 74.267-0 – Rel. Min. Francisco Rezek – DJ 28-2-1997). Deve obedecer, por analogia, às regras do reconhecimento de pessoas (art. 226, CPP).

Já o retrato falado, que é construído pelas informações prestadas ao *expert*

por pessoa que tenha visto o infrator, em razão de sua evidente fragilidade, não é meio de prova, servindo apenas para auxiliar as investigações.

Quanto ao reconhecimento pela voz (clichê fônico), este pode ser também uma ferramenta importante, notadamente quando os criminosos estiverem encapuzados ou, o que tem sido mais comum, utilizando capacete, nos crimes praticados por motociclistas. Da mesma forma, deve ser encarado como prova inominada, devendo ser analisado em conjunto com os demais elementos probatórios, além de se utilizar, por analogia, o procedimento do reconhecimento de pessoas.

6.4 Reconhecimento de coisas

Procede-se da mesma forma que no reconhecimento de pessoas, no que for aplicável. Dessa forma, o reconhecedor vai narrar o objeto a ser identificado; este será colocado, se possível, ao lado de outros com características similares; de tudo será lavrado termo circunstanciado assinado pelo reconhecedor, pela autoridade e por duas testemunhas (art. 227, CPP).

7. Acareação

7.1 Conceito e natureza

Acareação ou acaroar é pôr em presença, uma da outra, face a face, pessoas cujas declarações são divergentes. Ocorre entre testemunhas, acusados e ofendidos, objetivando esclarecer a verdade, no intuito de eliminar as contradições. É admitida durante toda a persecução penal, podendo ser determinada de ofício ou por provocação. Tem por natureza jurídica ser mais um meio de prova.

7.2 Pressupostos

São pressupostos para que a acareação seja realizada: (i) as pessoas já devem ter prestado declarações; (ii) mister haver divergência no relato das pessoas, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Ademais, ela pode ocorrer tanto na fase do inquérito quanto no processo.

7.3 Procedimento

Quando se imagina a acareação, logo vêm à mente debates acalorados, conflitos substanciais entre aqueles que serão colocados frente a frente. Na prática, o procedimento é muito mais simples e menos intenso em

conflituosidade.

Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergência, podendo então modificar ou confirmar as declarações anteriores, realizando-se assim o termo. É realizado o auto, subscrito pelo escrevente e assinado por todos (art. 229, parágrafo único, CP).

Existe ainda a possibilidade de acareação por precatória (art. 230, CPP), caso alguma testemunha esteja ausente e suas declarações divirjam das de outra pessoa. A testemunha que resida na comarca onde tramita o processo será chamada para esclarecer o ponto, podendo mudar a sua versão. Persistindo a divergência, expede-se a carta, e o juízo deprecado deve proceder da mesma forma, notificando a testemunha para que compareça, esclarecendo o ponto, ou mudando eventualmente o depoimento. Desta forma, realiza-se a acareação, sem que as testemunhas tenham sido colocadas frente a frente. A diligência só deve ser realizada quando não importe demora prejudicial ao processo e caso o magistrado entenda relevante. Ao que parece, num futuro próximo, a acareação, em tais situações, será ordinariamente realizada por videoconferência (art. 222, § 3º, CPP).

7.4 Valor probatório

É um meio probatório como qualquer outro, tendo valor relativo.

8. Documentos

8.1 Conceito

O conceito de documento pode ser visto numa dupla ótica. Na concepção restrita dada pelo *caput* do art. 232 do CPP, consideram-se “documentos quaisquer **escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares**” (grifo nosso). Para o CPP, remontando a década de 1940, seriam documentos os escritos em papel (matéria-prima, o material que contém o escrito).

Já os instrumentos seriam os documentos confeccionados com o intuito de fazer prova (documentos pré-constituídos), como os contratos, que se distinguem dos documentos eventuais ou acidentais (meros papéis), pois estes não foram feitos com o intuito de provar, mas podem ser utilizados com este objetivo, como uma carta ou um bilhete.

Já na concepção ampla, que é a atual, em face da interpretação progressiva da lei, considera-se documento qualquer objeto representativo de um fato ou ato relevante, e aí poderíamos incluir, *v.g.*, fotos, desenhos, esquemas, planilhas, e-

mails, figuras digitalizadas.

8.2 *Espécies*

- (i) *Particular*: aquele produzido por particular, ou elaborado por funcionário público que não esteja no exercício de suas funções. Uma vez contestadas a autenticidade, a letra e a firma (assinatura) de tais documentos, serão submetidas a exame pericial (art. 235, CPP).
- (ii) *Público*: é o documento elaborado por funcionário público no exercício funcional. Equiparam-se a documentos públicos para efeitos penais aqueles emanados de entidade paraestatal, o título ao portador, o transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular (art. 297, § 2º, CP). Gozam de presunção relativa (*juris tantum*) de autenticidade, podendo se submeter a perícia, havendo fundada suspeita de falsificação.
- (iii) *Original*: escrito na fonte originariamente produtora. Em se tratando de escritura lavrada em livro de notas, a primeira certidão por inteiro teor ou traslado é, também, considerada original.
- (iv) *Cópia*: é a reprodução do documento original. A xerox, o scanner e a impressão têm sido vastamente utilizados para tal desiderato. Se a fotocópia estiver devidamente autenticada, terá o mesmo valor que o original (art. 232, parágrafo único, CPP). A **pública-forma**, que é uma cópia de escrito avulso, extraída por oficial público, só terá valor quando conferida com o original, na presença da autoridade (art. 237, CPP). Havendo a conferência, a pública-forma fica nos autos, dispensando-se a retenção do original.
- (v) *Nominativo*: é aquele que contém o seu autor.
- (vi) *Anônimo*: não contempla a indicação do responsável.

8.3 *Requisitos*

Verdade, que é a constatação do que se expõe no documento, e autenticidade, que é a identificação de quem o produziu. Entendemos que eventualmente os documentos anônimos podem ser utilizados como prova. Nem sempre é possível constatar quem foi o autor do documento, como na hipótese de cartas anônimas, bilhetes ou fotografias. Nem por isso o obstáculo para a utilização de tais elementos deve ser intransponível. Deve a autoridade cercar-se dos cuidados necessários, objetivando constatar acima de tudo a veracidade do conteúdo e se

o documento não foi obtido ilicitamente. Superado o filtro, poderá proceder à valoração.

8.4 Produção

Como regra, os documentos podem ser apresentados em qualquer fase do processo (art. 231, CPP). A produção pode ser espontânea, ou seja, quando as partes apresentam o documento, ou provocada (coata), quando determinada pelo magistrado (art. 234, CPP), valendo-se da mera requisição ou até mesmo da medida de busca e apreensão.

No procedimento do júri, contudo, existiam duas restrições quanto ao momento para apresentação documental. Antes do advento da Lei n. 11.689/2008, nas alegações que antecederiam o encerramento da primeira fase, não podiam ser apresentados documentos (art. 406, § 2º, CPP, redação anterior). Esta restrição, aparentemente absoluta, não poderia superar o princípio constitucional da ampla defesa. Se o réu tinha em seu favor documento hábil a evitar a pronúncia, deveria apresentá-lo, cabendo ao magistrado fazer a devida valoração, superando os rigores legais.

A partir da vigência das novas disposições da Lei n. 11.689/2008, não existem mais alegações finais escritas das partes na primeira fase (*judicium accusationis*) do procedimento do júri, não havendo mais de se falar em restrição a apresentação documental nesta etapa. Houve inversão do procedimento. Agora, após o recebimento da denúncia, o juiz mandará citar o réu para responder a acusação em dez dias, oportunidade em que poderá exercer amplamente sua defesa, com possibilidade de juntar documentos e arrolar testemunhas (art. 406, *caput* e § 3º, CPP). Em seguida, é ouvido o Ministério Público sobre preliminares e documentos, em cinco dias (art. 409, CPP). A seu turno, as alegações finais passaram a ser orais, em audiência, logo após o interrogatório do acusado, ao final da instrução da primeira fase do rito do júri, consoante o art. 411, CPP (nova redação).

Ainda no júri, porém na segunda fase (*judicium causae*), caso a parte queira apresentar documento no plenário de julgamento, deverá providenciar a juntada aos autos com antecedência de três dias, dando-se ciência à parte contrária (art. 479, CPP, nova redação dada pela Lei n. 11.689/2008). Inclui-se na vedação a leitura de jornais ou de qualquer outro escrito que tenha pertinência com o fato versado no processo, além da exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croquis ou de qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo seja pertinente à matéria fática a ser submetida a julgamento. Estão excluídos,

contudo, revistas ou jornais que não tratem da matéria discutida em juízo, ou os documentos que já fazem parte dos autos, como a ficha de antecedentes.

Em homenagem à tutela da correspondência, veda-se o lançamento aos autos das cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos (art. 233, CPP). Nem precisava haver tal previsão, afinal, a interceptação da correspondência caracteriza prova ilícita, impedindo a utilização, salvo nas hipóteses excepcionais amparadas pelo princípio da proporcionalidade (*pro reo*). Já o destinatário da carta poderá exibi-la em juízo para defesa de seu direito, independente da aquiescência do remetente (art. 233, parágrafo único, CPP).

8.5 Tradução

Quando o documento é produzido em língua estrangeira, pode ser imediatamente lançado aos autos, e, se necessário, será traduzido por tradutor oficial ou pessoa nomeada pela autoridade para tal fim. Caso o documento seja realmente utilizado, entendemos que a necessidade de tradução é presumida, pois, mesmo que as partes e a autoridade dominem a língua estrangeira, a publicidade dos autos e a necessidade de acessibilidade do conteúdo assim o exigem.

8.6 Restituição

Os documentos originais, encerrado o processo e não havendo motivos para que permaneçam nos autos, podem ser restituídos, ficando retidas cópias, exigindo-se a prévia oitiva do Ministério Público (art. 238, CPP). Antes do trânsito em julgado da sentença, não havendo necessidade da manutenção nos autos do documento que tenha sido apreendido por determinação da autoridade, o procedimento adequado é o de restituição de coisas apreendidas (arts. 118 e seguintes do CPP).

9. Indícios e presunções

9.1 Conceito

O **indício** é a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239, CPP). Já a **presunção** é o conhecimento daquilo que normalmente acontece, a ordem normal das coisas, que, uma vez positivada em lei, estabelece como verídico determinado acontecimento.

Assim, fazendo silogismo, temos:

- (i) *premissa menor*: é o indício, ou seja, a circunstância conhecida e provada;
- (ii) *premissa maior*: é o princípio de razão ou regra de experiência, utilizados na análise daquilo que normalmente acontece (presunção);
- (iii) *conclusão*: comparação entre as premissas, que nos permite chegar ao resultado, ao denominador.

Imaginemos o suspeito que é encontrado, minutos depois do ocorrido, ao lado da vítima, com a arma na mão. Colocando-nos como verdadeiro expectador, percebe-se que a circunstância conhecida e provada é o fato de o indivíduo ter sido encontrado na cena do crime, com a arma em punho (este é o indício – premissa menor). Ora, quem é surpreendido nesta situação, por uma premissa lógica, provavelmente é o autor do crime (esta é a presunção – premissa maior). Pela análise dos fatos, podemos chegar a uma conclusão, que nada mais é do que o resultado obtido em face da análise das premissas.

9.2 Classificação

(i) Quanto aos indícios, temos:

- i.a) *Indício positivo*: indica a presença do fato ou elemento que se quer provar. Ele ratifica a tese sustentada.
- i.b) *Indício negativo (contraindício)*: alimenta a impossibilidade lógica do fato alegado e que se deseja provar. Infirmar determinada tese. É o exemplo do alibi.

(ii) **Quanto às presunções:**

- ii.a) *Homnis*: é a presunção ordinária, da vida cotidiana. Ex.: presume-se que a audiência nos jogos do Brasil durante a Copa será maior do que a nos jogos do México, em razão do que normalmente se observa pela importância e tradição entre as duas seleções.
- ii.b) *Juris ou legal*: é aquela que está normatizada, extraído-se da lei a constatação da veracidade. Esta, por sua vez, pode ser:
 - ♦ *Presunção relativa (juris tantum)*: quando o fato estabelecido como verídico admite prova em contrário, ou seja, esta presunção pode ser ilidida.
 - ♦ *Presunção absoluta (juris et de jure)*: de modo inverso, a prova em contrário do fato estabelecido como verídico **não** é admitida. Ex.: não adianta tentar provar que o menor de 18 anos tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento, pois, de forma absoluta, presume-se a

inimputabilidade (art. 27, CP).

9.3 Valor probatório

Estamos diante de prova indireta, que exige uma ilação para que se chegue à determinada conclusão, mas nem por isso de menor importância do que as demais provas, indiretas ou não. Tem valor relativo como todas as demais, podendo lastrear validamente sentença condenatória ou absolutória.

10. Busca e apreensão

10.1 Conceito e natureza jurídica

A **busca** tem por objetivo encontrar objetos ou pessoas, ao passo que a **apreensão** é a medida que a ela se segue. Temos que distinguir os institutos: a busca é a procura, a diligência que objetiva encontrar o que se deseja, ao passo que a apreensão é medida de constrição, para acautelar, pôr sob custódia determinado objeto ou pessoa. Nada impede que exista busca sem apreensão, e vice-versa. Na primeira hipótese, a diligência pode ser frustrada, não se encontrando o que se procura, ou ter simplesmente o objetivo de identificar determinada circunstância, por exemplo, gravar imagens de determinado local. Já a apreensão também pode ser realizada sem a prévia busca, quando, *v.g.*, o objeto é entregue voluntariamente à autoridade.

Quanto à natureza jurídica, os institutos são tratados pela legislação como meio de prova (Título VII, Capítulo XI, CPP). Contudo, como assevera Marcellus Polastri Lima, “apesar do Código de Processo Penal a classificar como meio de prova, a busca e apreensão, com finalidade de preservar elementos probatórios ou assegurar reparação do dano proveniente do crime, ontologicamente, não é prova, tendo, ao contrário, a natureza jurídica de **medida cautelar** que visa à obtenção de uma prova para o processo, com o fim, portanto, de assegurar a utilização do elemento probatório no processo ou evitar o seu perecimento” (LIMA, 2005, p. 134).

Neste cotejo, entendemos que a busca e a apreensão tanto pode figurar, cada uma *de per se*, como meio de prova, ou como medida instrumental, cautelar, a depender da finalidade pretendida com o ato.

10.2 Iniciativa

A busca e apreensão poderá ser determinada de ofício pela autoridade ou a requerimento das partes (art. 242, CPP). Como adverte Cleonice Bastos

Pitombo, em razão “da vigente Constituição, apenas a autoridade judiciária pode determinar a realização da busca processual penal (art. 241, CPP, c/c o art. 5º, XI, CF/88). Nenhuma outra autoridade, ainda que investida de poderes excepcionais de investigação, poderá expedir mandado de busca. Não podem determinar a busca e apreensão a autoridade policial (civil ou militar); o presidente da comissão parlamentar de inquérito; o Ministério Público. Podem, entretanto, pedir a restrição ao direito fundamental ao poder judiciário” (PITOMBO, 2005, p. 186-187).

Certamente, a busca e apreensão domiciliar está adstrita à cláusula de reserva jurisdicional, cabendo privativamente ao judiciário a expedição do mandado. Afora esta hipótese, não havendo possibilidade de violação domiciliar, outras autoridades podem determinar a medida, como na hipótese da busca pessoal, que poderá ser determinada pela autoridade policial. Prevê o art. 6º, II, CPP, que, tendo a autoridade policial conhecimento da infração, deverá “apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos”. Ora, a autoridade irá atuar de ofício, não carecendo de ordem do magistrado para tanto.

10.3 Objeto

Os objetos e pessoas suscetíveis de busca e apreensão estão indicados no art. 240 do CPP, de forma não exaustiva, em que pese a amplitude do dispositivo, sendo que o § 1º trata da **busca e apreensão domiciliar**, enquanto o § 2º aborda a **busca e apreensão pessoal**. Desta forma, a busca e apreensão domiciliar se presta para:

- (i) *Prender criminosos*: deve a ordem de prisão constar do próprio texto do mandado (art. 243, § 1º, CPP). Normalmente, até pelas formalidades para que a prisão seja realizada, expede-se documento em separado.
- (ii) *Apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos*: coisas achadas são aquelas eventualmente encontradas e que são importantes para o desvendamento do fato. Têm, assim, vínculo probatório. Já as coisas obtidas por meios criminosos devem ser arrecadadas para evitar o locupletamento ilícito, viabilizando também a indenização das possíveis vítimas.
- (iii) *Apreender instrumentos de falsificação ou contrafação ou objetos falsificados ou contrafeitos*: a norma autoriza não só a busca e/ou apreensão dos instrumentos utilizados para a realização da falsificação ou da contrafação (imitação com aparência de verdadeira), como também os objetos fruto da conduta criminosa.

- (iv) *Apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso*: admite-se a captação dos objetos especialmente utilizados para o ataque ou para a defesa, que são as armas próprias, ou seja, confeccionadas com esta finalidade. Podem ainda ser utilizadas armas impróprias ou acidentais, que são objetos que não têm especialmente esta finalidade, como uma picareta ou um facão, mas que também servem como instrumento do crime. Já a munição é o objeto de alimentação, de suprimento da arma, como a pólvora ou os cartuchos. Os instrumentos utilizados para a prática da infração serão periciados para verificação da natureza e eficiência (art. 175, CPP), servindo, em si, como meio de prova.
- (v) *Descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu*: para descortinar a verdade, são infindáveis os elementos que podem servir como prova, sendo passíveis da medida, a exemplo de papéis, fotografias, roupas sujas de sangue, dentre outros.
- (vi) *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*: as cartas, uma vez abertas, são documento como outro qualquer, podendo validamente ser apreendidas, se importarem à elucidação do fato. Já as cartas lacradas, em razão da blindagem prevista no art. 5º, XII, da CF, instituindo a inviolabilidade do sigilo da correspondência, não podem ser passíveis de tal medida. A sua apreensão ou interceptação não devem ser admitidas, e, se isso ocorrer, a prova é flagrantemente ilícita. Destaque-se, contudo, que o STF já admitiu a violação da correspondência dos presidiários pela administração penitenciária, sob o fundamento de que o direito ao sigilo não pode ser invocado para a prática de infrações por parte daquele que está preso (STF – 1ª T. – HC 70.814/SP – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 24-6-1994). Em última análise, na ponderação de interesses, entendeu o STF, valendo-se da proporcionalidade, que direito ao sigilo não é absoluto, podendo ceder em circunstâncias excepcionais.
- (vii) *Apreender pessoas vítimas de crime*: o objetivo é restituir a liberdade daquele que a teve cerceada em razão da infração, como no sequestro ou no cárcere privado.
- (viii) *Colher qualquer elemento de convicção*: previsão de ordem residual, preocupada em permitir que a autoridade determine a diligência para captação de qualquer outro elemento ou constatação de evidência de

natureza probatória, como um tapete com manchas de sangue, um absorvente descartado que viabilize a realização de exame de DNA etc.

Já a busca e apreensão pessoal objetiva apreender arma proibida, além de se estender a todos os itens anteriores, ressalvadas as alíneas *a* e *g* (art. 240, § 2º, CPP).

10.4 Momento

Existe ampla liberdade temporal para a realização da medida, que pode ocorrer antes do início formal da persecução penal, quando, *v.g.*, é apreendida substância entorpecente em *blitz*, sem sequer ter sido instaurado inquérito policial. Da mesma forma, tem cabimento durante a investigação preliminar, no curso da instrução processual, na fase recursal, em que o tribunal, no julgamento da apelação, poderá determinar a realização da diligência (art. 616, CPP), ou até mesmo na fase executória.

10.5 Espécies

As repercussões processuais do instituto são distintas, a depender do tipo de diligência: se domiciliar ou pessoal. Senão vejamos:

10.5.1 Busca domiciliar

Prevê a Constituição Federal, no art. 5º, XI, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”.

Logo, durante a noite, admite-se o ingresso domiciliar:

- ◆ com o consentimento do morador;
- ◆ na hipótese de flagrante;
- ◆ em caso de desastre;
- ◆ para prestar socorro.

Já durante o dia, que é o intervalo que vai das 6 às 18 horas, no horário local, com a incidência das alterações pelo horário de verão, simbolizando justamente o período de atividade, de labor, distinto da noite, que é o momento de descanso, soma-se, além das hipóteses anteriores, a possibilidade do cumprimento de mandado judicial.

O conceito de casa é dado pelo art. 150, § 4º, do CP, que trata do crime de violação de domicílio. A expressão casa compreende:

- ◆ qualquer compartimento habitado;
- ◆ aposento ocupado de habitação coletiva;
- ◆ compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Percebe-se a amplitude legal, estendendo ao máximo a tutela, sempre que o ambiente mereça intimidade, por ser o lugar de ocupação do indivíduo. Estão excluídos do conceito a hospedaria, a estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto abertas, salvo se devidamente ocupadas, além das tavernas, casas de jogo e congêneres, como casas de espetáculo, boates, bingos, clubes, dentre outros (art. 150, § 5º, CP).

(i) Requisitos do mandado

A medida de busca e apreensão domiciliar só poderá ser determinada quando fundadas razões a autorizarem, sendo necessário lastro mínimo indicando que os objetos ou pessoas estão realmente na casa passível da medida. Da mesma forma, não se admite mandado genérico, permitindo uma devassa geral na residência, o que simbolizaria verdadeiro abuso de autoridade, ou mesmo mandado franqueando o ingresso em número indeterminado de casas de um complexo de favelas, ou de uma rua inteira. O mandado não pode ser um cheque em branco. O trabalho do magistrado de estabelecer os limites da diligência não pode ser delegado à autoridade policial. Esta está vinculada aos limites estabelecidos pelo juiz, não só quanto aos objetos ou pessoas procuradas, como também aos locais susceptíveis de invasão. Tudo deve estar especificado no mandado, até para facilitar a diligência. Eventuais lacunas no mandado podem existir, desde que sejam facilmente supríveis e que não saiam do controle judicial, como num mandado que não consta o nome do dono da residência, que é usada como ponto de prostituição. Assim, são requisitos do mandado:

- (i) indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;
- (ii) mencionar o motivo e os fins da diligência;
- (iii) ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

(ii) Execução da medida

Atenderemos a seguinte sequência para que a medida seja realizada:

(i) Inicialmente, a diligência é executada por oficiais de justiça ou por policiais. Excepcionalmente, até a polícia militar pode ser utilizada. Apesar de a lei falar em executores, entendemos que a medida pode ser cumprida por uma só pessoa, mesmo que em regra não seja aconselhável. Prevê o art. 241 do CPP a possibilidade de a medida ser realizada diretamente pela autoridade judicial ou policial, dispensando-se a apresentação de mandado. Deve, neste caso, declarar previamente sua qualidade e o objeto da diligência. Quanto ao magistrado executando diretamente o ato, fere de morte o sistema acusatório, além de pôr em descrédito a própria imparcialidade do julgador, o que não se coaduna com a nova ordem constitucional. Já quanto ao delegado, ao executar o ato, estará obrigado a apresentar o mandado, pois a tutela constitucional do domicílio assim o exige (art. 5º, XI, CF). Desta forma, entendemos que o referido artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal. Contudo, ressaltamos que a possibilidade de o magistrado realizar ou acompanhar diretamente a diligência tem sido amplamente aceita. Neste sentido, Tourinho Filho (1999, v. 1, p. 461) e Cleunice Bastos Pitombo (2005, p. 142).

Dispensa-se também o mandado nas hipóteses de flagrante, notadamente quando esteja em andamento crime permanente no interior da residência, como o estoque de substância entorpecente caracterizador do tráfico, ou no sequestro, admitindo-se, por autorização constitucional, a invasão a qualquer hora do dia ou da noite.

(ii) Antes de adentrarem na residência, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, na sequência, a abrir a porta. Não sendo atendido o reclamo, será arrombada a porta e forçada a entrada. Neste caso, é possível o enquadramento por desobediência (art. 330, CP).

(iii) Se o morador for recalcitrante, criando obstáculos ou mantendo os já existentes no intuito de impedir o acesso ao objeto ou a coisa, como mantendo as portas dos quartos fechadas, deixando cachorros soltos, poderá haver o emprego de força contra a coisa, no intuito de descobrir o que se procura. O ideal é que a diligência flua sem transtornos, requerendo-se ao morador que apresente ou indique o local do que se procura. A sensibilidade dos executores é essencial, e os incômodos aos moradores para o êxito da operação devem ser mínimos (art. 248, CPP).

(iv) Não estando presente o morador, a diligência não ficará frustrada. A

porta poderá ser arrombada, assim como serão utilizados os meios necessários para a pronta localização. Neste caso, sendo possível, deve ser intimado um vizinho para acompanhar a diligência. Da mesma forma, se as pessoas presentes em casa não tiverem capacidade para consentir, como no caso de menores de idade ou doentes mentais.

(v) Descoberta a pessoa ou a coisa procurada, esta será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes. Em se tratando de objetos, estes ficarão à disposição do magistrado ou da autoridade policial, conforme o caso. Já em se tratando de infratores, serão eles encaminhados ao competente estabelecimento prisional.

(vi) A diligência será encerrada com a lavratura de auto circunstanciado, assinado pelos executores, por duas testemunhas presenciais e eventualmente por um vizinho, nas hipóteses que preveem a sua convocação (item IV). A ausência de testemunhas presenciais é mera irregularidade, relevando observar que os executores, naturalmente, não figuram como testemunha. Prevê o art. 247 do CPP que “não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer”. O fundamento da medida deve constar do mandado, que, ao ser lido ao morador no início do ato, objetiva esclarecê-lo de tudo que será realizado. Se eventualmente restar alguma dúvida, ou se o morador não estava em casa, poderá requerer mais explicações à autoridade responsável pela ordem.

(iii) **Situações especiais**

1) *Duração da diligência*

Se a busca domiciliar for **iniciada durante o dia**, poderá estender-se, caso estritamente necessário, para além das 18 horas, desde que a sua interrupção signifique prejuízo substancial ao ato. Contudo, percebendo a autoridade que o ato irá prolongar-se por tempo considerável, deve interromper a diligência, cercando-se dos cuidados para que os objetos procurados não sejam sonegados e, se necessário, fazendo campana em frente ao imóvel, para que no dia subsequente pela manhã a busca se reinicie.

2) *Repartição pública*

Havendo necessidade da apreensão de algum documento ou objeto que se encontre em repartição pública ou em outro local público de uso

privativo, reservado, como uma aeronave ou embarcação pública, é natural que a autoridade judicial requisiute a apresentação do que se deseja, não sendo preciso, *a priori*, a determinação da medida de busca e apreensão. Nada impede, contudo, que se valha dessa medida cautelar, notadamente se a requisição não for atendida.

Adverte Nucci, entretanto, que, “se o juiz precisa autorizar uma busca em uma Vara ou ofício judicial, cujo controle é de outro magistrado, deve a este solicitar que se busque e entregue o necessário. Havendo recusa, cremos que o mandado de busca deve ser expedido por órgão superior, como a Corregedoria Geral de Justiça” (NUCCI, 2007, p. 482).

3) *Escritório de advocacia*

Prevista o inc. II, do art. 7º do Estatuto da OAB, Lei n. 8.906/94, como direito do advogado: “ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a **inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho**, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB” (negrito nosso).

Contra vários dispositivos do Estatuto da OAB foi ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, a ADI 1.127. Não obstante tenha o STF reconhecido a inconstitucionalidade de vários de seus enunciados, a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada improcedente no tocante ao aludido art. 7º, II, da Lei n. 8.906/94. Durante o julgamento, o Pretório Excelso explicitou que a esfera substancial “da inviolabilidade não elide o art. 5º, XII, da CF e que a exigência do acompanhamento da diligência ficará suplantada, não gerando ilicitude da prova resultante da apreensão, a partir do momento em que a OAB, instada em caráter confidencial e cientificada com as cautelas próprias, deixar de indicar representante” (STF – Pleno – ADI 1.127 – Rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski – DJ 26-5-2006, Noticiado no Informativo-STF n. 427).

Deveras, o advogado é peça essencial à administração da justiça (art. 133, da CF), sendo ferramenta de garantia das liberdades públicas e da preservação dos direitos e garantias individuais. Para tanto, é mister que o exercício da atividade advocatícia tenha amparo, resguardo, respeito, desde que desempenhado de forma ética e dentro das balizas legais.

RedisCIPLinando a matéria, a Lei n. 11.767/2008 alterou o Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), de sorte que o inc. II, do art. 7º, assevera como direito do advogado “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”. Resguarda-se, portanto, o ambiente onde a atividade advocatícia é exercida, seja o escritório ou o local onde é desempenhada, até mesmo na residência; os instrumentos de trabalho, como livros, códigos, computadores, pastas, dentre outros; e a correspondência, seja ela escrita, eletrônica, telefônica (histórico com registro de chamadas) e telemática, que é a interligação entre os recursos da informática com os sistemas de telecomunicação (*e-mail*). Por sua vez, se “presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inc. II do *caput* deste artigo, 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” (art. 7º, § 6º, Lei n. 8.906/94).

Como não poderia deixar de ser, o sigilo do advogado não é absoluto, pressupondo-se para quebra ordem judicial devidamente fundamentada, exigindo-se justa causa, que são os indícios de autoria e da materialidade da prática de crime por parte do causídico. Como não houve especificação, o crime pode ser doloso ou culposos, apenas com reclusão ou detenção. Não foram contempladas, entretanto, as contravenções, de sorte que, para apurá-las, o sigilo não poderá ser violado. A presença do representante da OAB foi mantida, lembrando-se, mais uma vez, o precedente do STF de que, se a OAB for cientificada, e não indicá-lo, não há ilicitude. Caso o material apreendido diga respeito a clientes que não figuram como coautores ou partícipes do advogado, não poderão ser utilizados como prova (art. 7º, § 7º, Lei n. 8.906/94).

O § 2º, do art. 243 do CPP, veda a apreensão de documentos em poder do defensor do acusado, justamente para que se permita defesa efetiva,

notadamente quando tais documentos podem servir de prova a subsidiar a tese defensiva. Ressalte-se que, se o documento constituir corpo de delito, como um contrato falsificado ou um cheque “clonado”, poderá ser apreendido. Da mesma forma, caso o advogado seja coautor ou partícipe da infração, poderá ter documentos vinculados ao ilícito apreendidos.

4) *Diligência em território diverso da autoridade*

Para efeito da apreensão, a diligência poderá adentrar por território de outra comarca, mesmo que situada em estado diverso daquele onde a autoridade desempenha suas funções. Deve para tanto o executor apresentar-se à autoridade local competente, antes ou depois da diligência. É o mínimo de fiscalização que se exige, prestando-se contas à autoridade local, funcionando como verdadeira colaboração mútua. Se a autoridade local suspeitar da ilegitimidade da autoridade que conduz a diligência, ou da legalidade do mandado, deve cercar-se das cautelas necessárias, exigindo provas para que se esclareçam eventuais dúvidas, sem contudo frustrar a diligência.

Entende-se que a autoridade está em seguimento de pessoa ou coisa quando, nos termos do art. 250, § 1º do CPP:

- (i) tendo conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguir sem interrupção, embora depois a perca de vista;
- (ii) ainda que não a tenha avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, for ao seu encalço.

5) *Descoberta de outros elementos de prova*

O mandado de busca e apreensão deve ser interpretado de forma restrita. Não pode a autoridade, no cumprimento da diligência, angariar todos os elementos que venha a encontrar na residência vasculhada, caso estejam vinculados a infração diversa daquela, objeto da investigação. Deve-se então provocar o juiz, plantonista ou não, para que se obtenha uma ampliação do mandado, em razão dos novos elementos eventualmente descobertos, possibilitando assim, com a ordem judicial expressa, a sua captação.

A exceção diz respeito aos elementos que autorizem a prisão em flagrante, notadamente quando simbolizarem a existência de crime permanente. É o que ocorre, v.g., com aquele que armazena substância

entorpecente em casa. Mesmo que a polícia esteja cumprindo mandado com outra finalidade, poderá apreender a droga e prender em flagrante os responsáveis, uma vez caracterizado o tráfico.

Mesmo que os objetos pertençam a terceiros, devem ser passíveis da apreensão, caracterizando-se verdadeira notícia crime. Discordamos neste particular de Guilherme Nucci, que não entende possível a apreensão se os objetos não pertencerem àquele que figura como indiciado ou réu (2007, p. 481).

6) *Desvio de finalidade*

O ingresso pela autoridade em domicílio alheio fora das formalidades e finalidades legais caracteriza crime de abuso de autoridade (art. 3º, b, Lei n. 4.898/65). Se isso ocorrer, mesmo que se encontrem elementos que caracterizam a ocorrência de infração penal, tal prova deve ser considerada ilícita, não podendo lastrear eventual sentença condenatória. Os fins não podem justificar os meios. Não se deve aproveitar como prova tais elementos. É o preço a se pagar pelo desrespeito à tutela constitucional do domicílio. E se existirem drogas na residência? E se a casa invadida, mesmo sem o conhecimento da autoridade, era um cativeiro de sequestro? Entendemos que deve a autoridade tomar as providências necessárias para fazer cessar a infração, instaurando até mesmo inquérito policial para que se proceda à devida apuração. Não estará, contudo, descaracterizado o abuso de autoridade, assim como a diligência não serve como meio de prova idôneo.

10.5.2 *Busca pessoal*

Envolve a busca nas vestes e demais objetos em poder do revistado, como malas, mochilas, automóveis etc. Advirta-se, contudo, que, se o automóvel não é apenas um meio de transporte, sendo utilizado como residência, como ocorre com o *trailer*, alguns barcos, a parte traseira do interior da boleia do caminhão, o tratamento é o mesmo dado à busca e apreensão domiciliar.

A busca pessoal pode dispensar a expedição de mandado nas seguintes hipóteses:

- (i) quando da realização de prisão. Todo aquele que é preso, em flagrante ou por ordem judicial, será revistado;
- (ii) havendo fundadas suspeitas de o indivíduo portar arma, objetos ou papéis que componham o corpo de delito. Fundada suspeita não pode ser mera

conjectura, especulação. Deve haver algum elemento sólido, plausível, justificando a medida;

(iii) no transcurso da busca domiciliar. Na realização da busca domiciliar, as pessoas que lá se encontram, mesmo que o mandado não diga de forma expressa, podem ser revistadas (art. 244, CPP).

Já busca em mulher, para evitar constrangimentos, será realizada por outra mulher, salvo quando importar retardamento ou prejuízo para a diligência.

Por sua vez, a busca pessoal realizada em festas, *boates*, aeroportos, não tem tratamento pelo CPP, devendo atender à razoabilidade e respeitar a intimidade. Está afeta ao lado contratual. Aquele que não desejar se submeter à medida tem a opção de não se valer do serviço ofertado ou simplesmente não frequentar o estabelecimento.

[1](#) Pelo art. 6º da Lei n. 11.705/2008, consideram-se bebidas alcoólicas aquelas “potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac”.

[2](#) Imaginemos o julgamento de um perigoso assassino, em que a população passa a gritar palavras de ordem durante a audiência. Para garantir a regularidade do ato, a permanência no recinto deve ser restringida, limitando-se o número de pessoas que possam estar presentes.

PARTE II

◆ Questões e Processos Incidentes

- ◆ [Considerações Iniciais](#)
- ◆ [Questões Prejudiciais](#)
- ◆ [Exceções](#)
- ◆ [Incompatibilidades e Impedimentos](#)
- ◆ [Conflito de Jurisdição](#)
- ◆ [Conflito de Atribuições](#)
- ◆ [Restituição de Coisas Apreendidas](#)
- ◆ [Medidas Assecuratórias](#)
- ◆ [Incidente de Falsidade](#)
- ◆ [Incidente de Insanidade Mental](#)

Capítulo 1

◆ Considerações Iniciais

Questão incidente é o fato que pode acontecer no curso do processo (procedimento) e que deve ser decidido pelo juiz antes de adentrar no mérito da causa principal. Em face da necessidade lógica de ser apreciada em primeiro lugar, diz-se que a questão incidente é previa, eis que o exame da causa, via de regra, dependerá do seu desfecho. É com esse sentido que Magalhães Noronha explica as questões incidentes como aquelas “que podem incidir, isto é, sobrevir, apresentar-se, implicando a ideia de eventualidade e não obrigatoriedade. É incidente o que é eventual” (NORONHA, 2002, p. 72).

Os incidentes podem ser subdivididos em questões prejudiciais e processos incidentes. As questões prejudiciais são as que “devem ser resolvidas previamente porque se ligam ao mérito da questão principal, ou seja, há uma dependência lógica entre as duas questões”, ao passo que os processos incidentes, *stricto sensu*, “dizem respeito ao processo”, podendo “ser resolvidos pelo próprio juiz criminal” (MIRABETE, 2003, p. 200).

Além dessa distinção, outra se faz precisa, qual seja, a existente entre questão prejudicial e questão preliminar. Enquanto “a questão prejudicial é autônoma”, existindo “independentemente da questão principal”, com a possibilidade de “ser objeto de processo distinto” (como se dá com o julgamento do furto de forma autônoma em relação ao do crime de receptação), “a questão preliminar, ou simplesmente preliminar, é o fato, processual ou de mérito, que impede que o juiz aprecie o fato principal ou a questão principal (a infração penal)”, não sendo “autônoma, dependendo da existência da questão principal e devendo sempre ser decidida no mesmo processo ou procedimento onde é

julgada a questão principal” (PACHECO, 2006, p. 485).

Com o intuito de não criar tumulto na lide, as questões incidentes serão apreciadas em autos apartados, normalmente apensos ao principal. São elas as prejudiciais, as exceções, as incompatibilidades, os impedimentos, o conflito de jurisdição, a restituição de coisas apreendidas, as medidas assecuratórias, o incidente de falsidade documental e o incidente de insanidade mental, previstos nos arts. 92 a 154, CPP.

A propósito, Hélio Tornaghi pontifica que “as questões relativas ao processo, aos pressupostos processuais”, a exemplo da incompetência e da falta de jurisdição, “são questões preliminares”. Já as que se referem ao exercício da ação, tal como a legitimidade para a causa, “são questões que devem ser examinadas depois das preliminares, mas antes do mérito”, pelo que “poderiam ser chamadas questões intermédias ou intermediárias”. Por derradeiro, “as questões sobre o mérito, inclusive as prejudiciais – note-se bem – são questões finais” (TORNAGHI, 1990, v. 2, p. 506).

Com Eugênio Pacelli de Oliveira, podem-se classificar os processos incidentes consoante se discuta em:

- 1) “questões tipicamente preliminares (exceções de suspeição, incompatibilidade ou impedimento, exceções de incompetência do juízo, de litispendência, de ilegitimidade de parte e de coisa julgada, bem como o conflito de jurisdição), que devam ser resolvidas antes do exame do mérito da ação penal”;
- 2) “questões de natureza acautelatória de cunho patrimonial, sem maiores interferências na solução do caso penal (restituição de coisas apreendidas, medidas assecuratórias – sequestro, arresto e inscrição de hipoteca)”;
- 3) “questões tipicamente probatórias, seja no âmbito da aferição da culpabilidade (incidente de insanidade mental), seja no da materialidade do delito (incidente de falsidade documental)” (OLIVEIRA, 2004, p. 285).

Interessa, portanto, no presente capítulo, o estudo pormenorizado de cada uma delas.

Capítulo 2

◆ Questões Prejudiciais

“Prejudicial” significa aquilo que deve ser julgado antecipadamente. Reclama uma decisão prévia e está ligado ao *meritum causae*. “A questão prejudicial se caracteriza por ser um antecedente lógico e necessário da prejudicada, cuja solução condiciona o teor do julgamento desta, trazendo ainda consigo a possibilidade de se constituir em objeto de processo autônomo” (FERNANDES, 1988, p. 11).

Assim, distinguem-se das preliminares, que tratam de aspectos processuais, e, uma vez reconhecidas, impedem a apreciação do mérito. As prejudiciais caracterizam-se também por sua autonomia e pela possibilidade ou não de serem julgadas pelo juízo criminal, enquanto as preliminares são absolutamente dependentes e sempre serão julgadas pelo juízo criminal. Nesse compasso, a validade do casamento anterior é prejudicial ao reconhecimento do crime de bigamia (art. 235, CP), pois está umbilicalmente ligada ao mérito da causa, ao passo que a suspeição do juiz é mera preliminar, relacionada a um pressuposto processual.

É o art. 92 do Código de Processo Penal que explicita a ideia de questão prejudicial, ao avivar que “se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente”.

1. Classificação

1.1 Prejudicial homogênea e heterogênea

A classificação em tela concentra seu interesse na jurisdição, sem atentar para o rigor da sua indivisibilidade, mas com a atenção volvida para a necessária divisão do aparelho judicial do Estado, de molde a evidenciar seu poder-dever de prestação jurisdicional, o que nos permite falar, para efeitos didáticos, em jurisdição penal e jurisdição cível.

São ditas **homogêneas, comuns** ou **imperfeitas** as questões prejudiciais que pertencem e podem ser resolvidas na mesma jurisdição, ou no mesmo ramo do Direito, a exemplo da investigação de paternidade em relação ao inventário. No processo penal, podemos citar como exemplo a exceção da verdade em relação ao crime de calúnia (art. 138, § 3º, CP), eis que as duas matérias pertencem ao âmbito penal. Em tal caso, o desfecho do processo-crime por calúnia dependerá da resolução da exceção da verdade, que é prejudicial homogênea em relação àquele.

As questões prejudiciais **heterogêneas, jurisdicionais** ou **perfeitas** são aquelas que transbordam os limites da jurisdição da causa prejudicada (causa principal) e vão produzir efeitos em outras esferas do Direito, como o faz a repercussão no espólio (jurisdição cível) daquele que, em virtude de sentença penal condenatória (jurisdição penal), tem o dever de indenizar a vítima. A questão prejudicial heterogênea “é a relação jurídica civil que condiciona a existência da infração penal que o juiz está julgando” (PACHECO, 2006, p. 486).

É heterogênea, por exemplo, a prejudicial disposta no art. 93 do CPP, ao assentar que, “se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão” afeta ao juízo cível, que não se refira ao estado civil das pessoas, “e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo”, depois da oitiva “das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente”.

QUESTÃO PREJUDICIAL	
Homogênea	Heterogênea
São solucionadas no mesmo ramo do direito. Ex.: exceção da verdade em relação ao crime de calúnia (art. 138, § 3º, CP).	São solucionadas em outro ramo do direito. Ex.: acusado de furto de coisa comum fungível (art. 156, CP) alega, em sua defesa, que a subtração não excedeu a sua cota parte, o que tornaria impunível (art. 156, § 2º, CP) o fato.

1.2 Prejudicial obrigatória e facultativa

Tendo em vista a faculdade ou o dever do juiz de suspender o processo principal (prejudicado), em face da presença da prejudicial, esta se classifica em obrigatória e facultativa.

Será obrigatória se o juiz, considerando a questão prejudicial séria e fundada, necessariamente tiver que suspender o processo prejudicado até o deslinde da questão prejudicial, situação que ocorre diante de questão **atinente ao estado civil das pessoas**, a teor do art. 92, CPP. Diante de tal hipótese, o processo criminal ficará suspenso, juntamente com o curso do prazo prescricional (art. 116, I, CP), até o trânsito em julgado da decisão no cível, sem prejuízo, na esfera criminal, da realização de providências urgentes.

A prejudicial facultativa ganha forma quando o reconhecimento do crime depende de solução de questão **diversa** do estado civil das pessoas. A suspensão não é obrigatória, cabendo ao juiz decidir se suspende ou não o processo. É o que estatui, de certo modo, o art. 93, CPP. É o que ocorre, a título de exemplo, na discussão sobre a titularidade do bem no delito de furto, quando o réu afirma que a coisa lhe pertence, em tese defensiva que almeja o reconhecimento da atipicidade do fato alegado na denúncia. Por se tratar de discussão sobre propriedade, caberá ao juiz criminal decidir se suspende ou não o processo, para que a matéria fique esclarecida no cível (art. 93, CPP).

QUESTÃO PREJUDICIAL	
Obrigatória Questão atinente ao estado civil das pessoas	Facultativa Questão diversa do estado civil das pessoas
O juiz está obrigado a suspender o processo prejudicado até o deslinde da questão prejudicial. Ex.: denunciado por homicídio doloso com a agravante de ter sido praticado contra ascendente (art. 121 c/c art. 61, e, CP) alega que a vítima não era seu pai, o que demandará discussão no juízo cível.	Caberá ao magistrado decidir sobre a suspensão do processo. Ex.: acusado de furto (art. 155, CP) alega, em sua defesa, que a coisa lhe pertence, não sendo, portanto, “coisa alheia móvel”.

1.3 Prejudicial total e parcial

A classificação concentra o foco no grau de influência que a prejudicial terá sobre a decisão final a respeito do crime, objeto da ação principal, portanto, a questão prejudicada. Com efeito, a prejudicial interferirá na existência, ou não, do crime e de outros aspectos peculiares deste. Destarte, será total se a solução da questão prejudicial tiver o condão de fulminar a existência do crime, por exemplo, o reconhecimento da invalidade do casamento anterior fará com o crime de bigamia. Ao passo que, limitando-se a questão prejudicial ao reconhecimento de circunstâncias (agravantes, atenuantes, qualificadoras etc.), deixando incólume a existência do crime, ela é dita parcial.

QUESTÃO PREJUDICIAL	
Total	Parcial
A solução da questão prejudicial fulmina a existência do crime. Ex.: denunciado pelo crime de bigamia alega a invalidade do casamento anterior.	A solução da questão prejudicial não fulmina a existência do crime. Ex.: o reconhecimento de que a vítima do crime de homicídio não é ascendente do acusado exclui a circunstância da agravante, mas não a infração imputada (<i>vide</i> art. 121 c/c art. 61, e, CP).

1.4 Prejudicial devolutiva e não devolutiva (princípio da suficiência)

Mantendo estreita relação com a classificação homogênea e heterogênea da questão prejudicial, esta classificação leva em conta a jurisdição, ou o ramo do

Direito. Em assim sendo, são devolutivas as questões prejudiciais que transbordem os limites da jurisdição da questão prejudicada, portanto, são enviadas para conhecimento e solução em outra esfera jurídica. Não devolutivas são aquelas que são conhecidas e solucionadas no mesmo ramo do Direito que trata da questão principal, a questão prejudicada.

Portanto, de regra, o juiz criminal é competente para solucionar a questão principal e eventualmente as prejudiciais que surjam ao longo do processo, isto é, a ação penal é suficiente para tanto. O nosso Código de Processo Penal não prevê expressamente a ideia de suficiência da ação penal. Entretanto, esse princípio (**da suficiência**) decorre do sistema, significando dizer que a ação penal é apta para, por si só, prestar a tutela jurisdicional, sem a necessidade de propositura de outras demandas para resolução de questões prejudiciais que surjam no curso do processo penal.

Como exceção ao princípio da suficiência da ação penal, existe a possibilidade de uma ação penal ser suspensa até que seja resolvida uma questão prejudicial no juízo cível (questão prejudicial heterogênea), tal como pode ocorrer diante da necessidade de se aguardar o julgamento de ação de nulidade de casamento, por se tratar de questão prejudicial para o exame de ação penal por crime de bigamia (art. 92, CPP).

As questões devolutivas são bipartidas em devolutivas absolutas (ou obrigatórias – art. 92, CPP) e em devolutivas relativas (ou facultativas – art. 93, CPP).

As questões devolutivas absolutas ou obrigatórias “são questões que devem ser julgadas, necessariamente, por outro juízo, que não o criminal. Mais precisamente, as que versam sobre o **estado civil das pessoas**. O juiz criminal não decidirá sobre o estado civil das pessoas”, tal como se dá com os casos de nulidade de casamento e de nulidade de filiação. As questões devolutivas relativas ou facultativas “são questões civis distintas do estado civil das pessoas, que podem ou não ser julgadas no âmbito criminal”, a exemplo, como já dito, da alegação do acusado de crime de furto, de ser proprietário da suposta *res furtiva* (GOMES, 2005, p. 154-155).

2. Natureza jurídica

Apesar da divergência doutrinária, há de se reconhecer que as prejudiciais são uma forma de conexão, dada a existência de uma dependência lógica e necessária entre a questão prejudicial e a questão prejudicada (MIRABETE,

2003, p. 201).

3. Sistemas de solução

Vistos o significado, a classificação e a natureza jurídica, vejamos onde e como deve ser julgada a prejudicial. São conhecidos quatro sistemas, cujas características marcantes estão a seguir:

- (i) *Predomínio da jurisdição penal*: aqui se argumenta que quem conhece da ação conhece da exceção. Logo, o juiz criminal seria o competente para decidir a prejudicial.
- (ii) *Separação absoluta ou prejudicialidade obrigatória*: nessa linha de pensamento, mister se faz que a questão seja remetida ao juiz especializado, haja vista que, utilizando-se o juiz criminal da decisão do cível, estaria evitando decisões contraditórias. Os que criticam esta solução o fazem sob o argumento de que, adotando-se tal proposição, restringe-se o livre convencimento do juiz criminal (CAPEZ, 2005, p. 344), além de revitalizarem-se, indiretamente, as limitações à prova e presunções existentes na seara cível.
- (iii) *Prejudicialidade facultativa*: os defensores dessa solução propõem que a remessa ou não da prejudicial ao juízo cível deve levar em conta a prevalência cível ou criminal sobre a questão sob apreciação.
- (iv) *Misto ou eclético*: adotado no Brasil, orienta que a decisão sobre as prejudiciais pode caber tanto ao juízo cível quanto ao criminal. Depende, tão somente, do disciplinamento legal aplicável à situação posta para o magistrado (arts. 92 e 93, CPP) (MIRABETE, 2003, p. 203).

4. Processamento da prejudicial obrigatória e da facultativa

Em face da prejudicial obrigatória, o juiz suspenderá o curso do processo criminal, se esta for séria e fundada, juntamente com o curso do prazo prescricional (art. 116, I, CP), até o trânsito em julgado da decisão no cível, sem prejuízo, na esfera criminal, da realização de providências urgentes, destacando-se que **não precisa ter havido o início da ação cível para que ocorra a suspensão do processo criminal**. Sendo o crime de ação penal pública, haverá intervenção do MP na esfera cível, se a ação já estiver iniciada, para dar celeridade ao feito, ou, em não havendo ação em trâmite, o próprio MP

poderá propô-la.

Já quanto à **prejudicial facultativa**, esta só poderá ser suscitada se já existir no cível ação discutindo a matéria. O juiz criminal poderá suspender o processo (sendo a matéria de difícil solução), fixando prazo em que aguardará o advento de sentença cível dirimindo a prejudicial (não é necessário o trânsito em julgado). Como a lei não estabelece qual o prazo de suspensão, ficará ao prudente arbítrio do juiz criminal indicar o quanto pretende aguardar.

Findo o prazo sem que advenha sentença (cível), admite-se a prorrogação, ou o juiz criminal pode entender por bem dar andamento ao processo, decidindo toda a matéria (princípio da suficiência da ação penal). Corre-se o risco, sobrevivendo sentença cível, que esta seja contraditória à decisão criminal, o que merece apreciação na fase recursal ou eventualmente no âmbito da ação de revisão criminal.

Sendo o crime de ação penal pública, o MP deve intervir na seara cível, com o propósito de imprimir maior rapidez. Note-se que não poderá propô-la, eis que a ação já deve estar tramitando no cível.

Ademais, é importante destacar que: a) a suspensão pode ser decretada de ofício ou a requerimento das partes (art. 94, CPP); b) a suspensão não poderá ocorrer nos casos em que a lei civil limite a prova (prejudicial facultativa); c) não cabe prejudicial no inquérito policial; d) vinculação temática: ocorrendo a suspensão do processo em virtude da prejudicial, o juiz criminal estará vinculado ao que foi decidido na esfera cível, sendo indiferente tratar-se de prejudicial obrigatória ou facultativa.

5. Recursos

O despacho que nega a suspensão do processo criminal para a solução da prejudicial na esfera extrapenal é irrecorrível. Vislumbramos no *habeas corpus* ou na correição parcial a forma de combater o ato do magistrado. Nada impede o manejo do mandado de segurança, notadamente quando os interesses da acusação forem preteridos. Da decisão que determina a suspensão do processo (interlocutória simples) cabe recurso em sentido estrito (art. 581, XVI, CPP).

6. Prescrição

O art. 116, inc. I, do Código Penal prevê como causa suspensiva do curso da prescrição a questão prejudicial cuja resolução, em outro processo, faça depender o conhecimento da existência de crime. A suspensão indica que,

depois de cessado o motivo que a determinou, a prescrição deve recomeçar.

Capítulo 3

◆ Exceções

1. Conceito

É uma forma de defesa por meio da qual o acusado objetiva a extinção do processo sem o julgamento do mérito, ou apenas a procrastinação do feito. Nada impede que a ferramenta seja também utilizada pela acusação, já que as exceções levantam questões atinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação. Segundo o art. 95 do CPP, são cinco as exceções, que podem ser classificadas em (a) peremptórias, assim consideradas as que extinguem o processo sem julgamento do mérito, e (b) dilatórias, exceções que prorrogam o curso do processo, postergando a sua apreciação.

- (i) suspeição;
- (ii) incompetência;

} Exceções peremptórias

- (iii) ilegitimidade de parte;¹

- (iv) litispendência;
- (v) coisa julgada.

} Exceções dilatórias

2. As espécies de exceções e seus processamentos

2.1 Exceção de suspeição

A exceção de suspeição tem por objetivo afastar do processo magistrado cuja imparcialidade resta de alguma maneira afetada. Como a imparcialidade é premissa básica da jurisdição, caso sejam reconhecidos fato ou circunstância que retire do órgão julgador a isenção necessária, poderá ser manejada a exceção de suspeição.

As hipóteses de suspeição são as previstas no art. 254, CPP, quais sejam: a amizade íntima ou inimizade capital com qualquer das partes; o juiz ou algum parente elencado em lei que responde a processo por fato análogo e controverso; o juiz ou parente indicado em lei que sustenta demanda ou responde processo a ser julgado por qualquer das partes; o juiz que aconselhou qualquer das partes; o juiz que possui relações negociais, societárias, de tutela ou de curatela com alguma das partes.

(i) Exceptos

A pessoa em face de quem se alega uma exceção é denominada excepto. Podem ser exceptos: os magistrados (art. 98, CPP); os membros do MP (art. 104, CPP); os peritos, intérpretes, funcionários da justiça e serventuários (art. 105) e os jurados (arts. 448 e 449, CPP).

A **autoridade policial nunca assume a condição de excepto**, nos termos do art. 107 do CPP. Cabe ao delegado, entendendo-se suspeito ou impedido, declarar-se *ex officio*. Nada impede, por analogia ao art. 5º, § 2º, CPP, a apresentação de recurso administrativo ao Chefe de Polícia.

(ii) Arguição

Pode ser reconhecida *ex officio* (art. 97, CPP), ou arguida pelas partes por meio da competente exceção (art. 98, CPP), podendo ainda ser apresentada por procurador com poderes especiais. A exceção de suspeição deve preceder às demais, salvo se o motivo for superveniente (art. 96, CPP).

(iii) Petição

A petição, quando for o caso, deve ser fundamentada, assinada pela própria parte ou por procurador com poderes especiais. Sendo imprescindível, deve vir acompanhada de prova documental e do rol de testemunhas (art. 98, CPP). Quem alega a exceção é o excipiente, ao passo que a pessoa contra quem se alega, como averbado antes, é denominado excepto.

(iv) Procedimento

A exceção pode ser apresentada durante o curso do processo, caso surjam

motivos autorizadores, bem como juntamente com a inicial acusatória, se o fato já for conhecido pelo titular da ação – a defesa, por sua vez, deverá fazê-lo quando da resposta à acusação (art. 396-A, CPP). Apresentada a exceção, o juiz singular, reconhecendo-se suspeito, suspende a marcha processual e remete os autos ao seu substituto legal, intimando as partes da sua decisão (art. 99, CPP). Caso não aceite a alegação de suspeição, ordena que seja autuada a petição em apartado, oferece sua resposta no lapso de três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas. Escoado aquele prazo, o magistrado determina a remessa dos autos da exceção, dentro de vinte e quatro horas, ao tribunal a que competir o julgamento. O tribunal poderá rejeitar liminarmente a exceção, se manifesta a sua improcedência (art. 100, § 2º, CPP) ou apreciá-la, com citação das partes e inquirição das testemunhas arroladas, proferindo julgamento em seguida (art. 100, § 1º, CPP).

Frise-se que o magistrado pode reconhecer *ex officio* a sua suspeição, devendo, nesta hipótese, remeter os autos, uma vez intimadas as partes, ao seu substituto legal.

Perante os tribunais, o rito é o estabelecido no art. 103, CPP. Com efeito, quando arguida a exceção pela parte, e sendo ela resistida pelo magistrado, o rito, no que for aplicável, é o mesmo estabelecido para o juízo singular. Reconhecendo a exceção, o magistrado que se julgar suspeito deverá declará-lo nos autos.

Outrossim, sendo o presidente do tribunal a se dar por suspeito, competirá ao seu substituto designar dia para o julgamento e presidi-lo. Quando se cuidar do revisor, este deverá passar o feito ao seu substituto na ordem da precedência. De outro lado, caso seja o relator, deve apresentar os autos em mesa para nova distribuição. Não sendo revisor ou relator, o juiz que se reconhecer suspeito deverá fazê-lo verbalmente, na sessão de julgamento, registrando-se na ata a declaração do magistrado.

Sendo excepto o órgão do Ministério Público, o juiz decidirá depois de ouvi-lo. Se necessário admitirá a produção de provas no prazo de 3 (três) dias.

Incidindo a suspeição sobre os peritos, os intérpretes e os serventuários ou funcionários da justiça, o juiz decidirá de plano, à vista da matéria alegada e prova imediata. Por seu turno, a suspeição dos jurados deverá ser arguida oralmente perante o presidente do Tribunal do Júri. Se negada pelo

excepto, deverá ser imediatamente comprovada, sob pena de ser recusada a alegação de suspeição.

(v) Recursos

Inexiste recurso apropriado para combater o reconhecimento da suspeição, relevando notar que o art. 581, III, CPP, estabelece que contra a decisão que julgar procedente as exceções caberá recurso em sentido estrito, ressaltando a de suspeição. Não obstante, é plausível sustentar que a parte prejudicada pela decisão a seu respeito possa impetrar *habeas corpus* ou mandado de segurança, consoante esteja em jogo, respectivamente, a liberdade de locomoção do acusado ou direito líquido e certo diverso do direito de ir e vir. Neste cotejo, sendo julgada procedente a suspeição contra membro do MP, entendemos cabível o ingresso com mandado de segurança.

De toda forma, a aplicação da Constituição do Brasil no tocante às disposições dos recursos especial (ao STJ) e extraordinário (ao STF) autoriza o entendimento favorável à admissão deles, desde que estejam presentes os requisitos específicos para serem conhecidos. Nesse sentido, o STF decidiu que “a inexistência de recurso ordinário no art. 104 do CPP (‘Se for arguida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias’) não afasta o cabimento, em tese, de recurso extraordinário para o STF” (STF – Rcl 631 – Rel. Min. Octavio Gallotti – j. 3-4-1997).

(vi) Efeitos

O propósito da exceção de suspeição é afastar do processo aquele sobre quem, reconhecidamente, paira a suspeição.

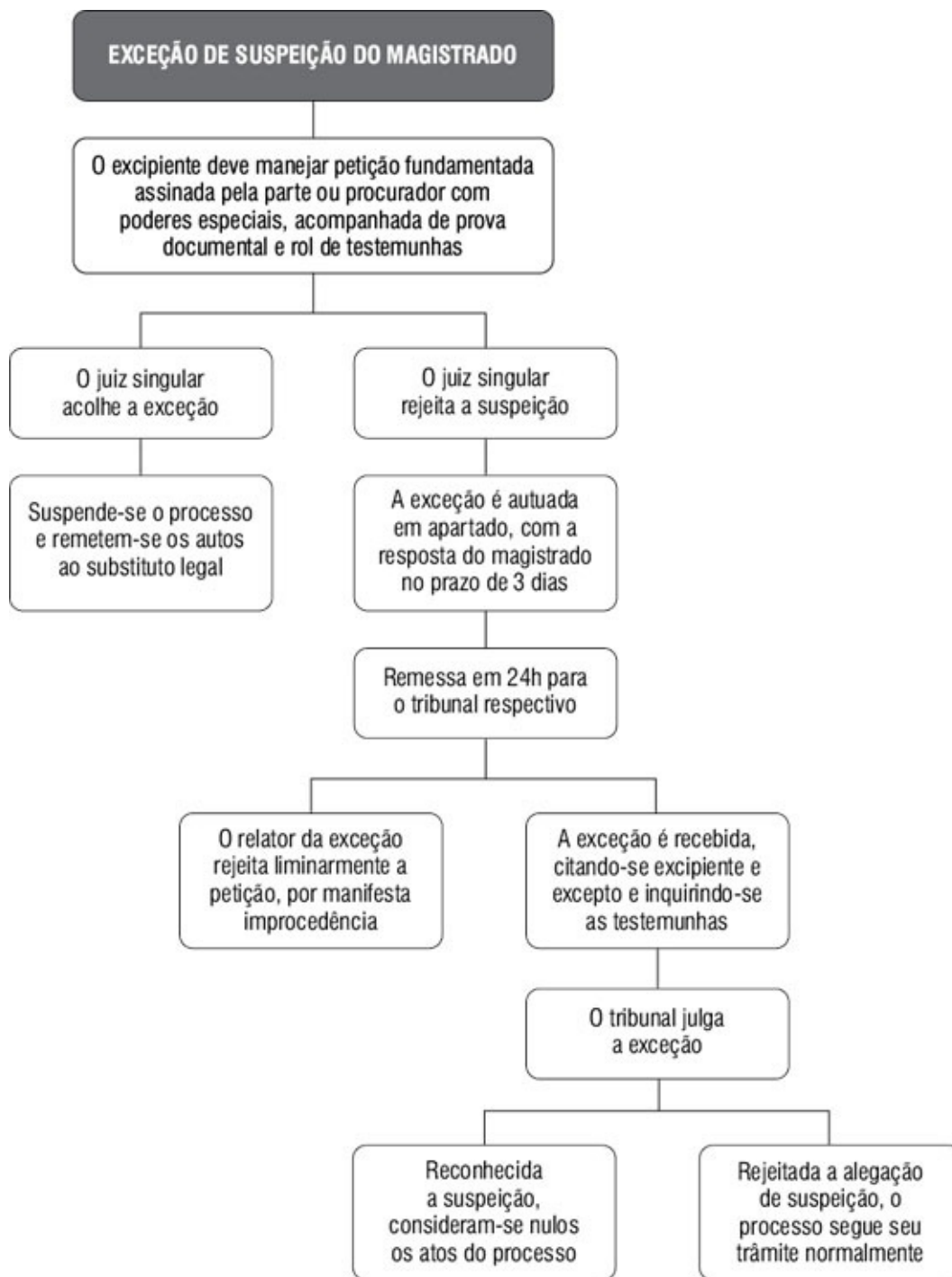
Sendo arguida em face de magistrado e uma vez reconhecida, a exceção de suspeição gera o seu afastamento e remessa dos autos ao substituto legal, além de serem declarados nulos os atos do processo a partir do motivo causador da suspeição. O mesmo se diga caso jurado suspeito participe do Conselho de Sentença no procedimento do júri. Em caso de erro inescusável (indesculpável), deve o juiz pagar as custas do processo (art. 101 c/c art. 564, I, CPP). Se a arguição foi feita de má-fé, deveria ser imprimida multa ao excipiente, contudo, como a lei não sofreu atualização monetária, esta é inexecutável.

Se o substituto legal entender que o colega reconheceu de ofício a

suspeição sem amparo legal, atuando de má-fé para livrar-se do processo, poderá arguir conflito negativo de competência, a ser dirimido perante o tribunal.

Caso a suspeição seja do membro do MP, funcionários, serventuários ou de auxiliares da justiça, só ocorrerá nulidade processual se houver demonstração de prejuízo.

A exceção de suspeição, como regra, não suspende o andamento da marcha processual. Entretanto, caso as duas partes que litigam no processo entendam que o magistrado é suspeito, pode o tribunal suspender o curso do processo aguardando-se o julgamento da suspeição, até para que não sejam praticados atos que possivelmente serão anulados (art. 102, CPP). Da mesma forma, quando o magistrado reconhece de ofício a suspeição, ele suspende imediatamente o processo, remetendo os autos ao seu substituto. Ademais, a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la (art. 256, CPP), pois ninguém pode se valer da sua própria torpeza para conseguir afastar o magistrado da causa.



2.2 Exceção de incompetência

A competência é a porção da jurisdição. Faltando-lhe, caberá a apresentação da exceção de incompetência. É conhecida como *declinatoria fori*.

(i) Arguição

A competência penal é questão de ordem pública, pelo que deve ser reconhecida de ofício, **inclusive a chamada incompetência relativa (territorial)**. Não sendo averbada *ex officio* pelo magistrado, caberá a exceção, oposta verbalmente ou por escrito, no prazo de defesa (art. 108, CPP). Tratando-se de incompetência relativa, não sendo esta arguida no prazo da defesa preliminar (art. 396, CPP), ocorre a preclusão. Da mesma forma, tratando-se da competência territorial, superada a fase do julgamento antecipado do mérito, não poderá ser declinada de ofício. Nos casos de incompetência absoluta, a alegação e o reconhecimento podem se dar a qualquer momento.

Não obstante a divergência, parcela considerável da doutrina defende que a parte autora pode alegar a exceção de incompetência (nesse sentido: NORONHA, 2002, p. 83; TOURINHO, 1999, v. 1, p. 108 e MIRABETE, 2006, p. 215). Também pode entender pela ausência de competência o juiz que recebe os autos do processo, após a procedência da exceção de incompetência, sendo cabível, no caso, a instauração de conflito de competência a ser apreciado pelo tribunal *ad quem*.

(ii) **Procedimento**

A exceção de incompetência, que não suspende o curso do processo, deve ser oposta junto ao juiz da causa e autuada em apartado. Uma vez recebida, o magistrado ordenará a notificação do Ministério Público, prolatando decisão em seguida, ouvindo antes a parte contrária, se esta não for o *Parquet*, como sucede nos crimes de ação privada.

(iii) **Recurso**

Não cabe recurso da decisão que julgar improcedente a exceção de incompetência, podendo ser ajuizado *habeas corpus* ou arguida a matéria em preliminar de futura apelação. Caso seja reconhecida a incompetência ou julgada procedente a exceção, cabível será a interposição de recurso em sentido estrito (art. 581, II e III, CPP).

(iv) **Efeitos**

Julgada procedente a exceção, os autos são remetidos ao juízo competente, anulando-se os atos decisórios e aproveitando-se os instrutórios (art. 108, § 1º, c/c art. 567, CPP). Esta disposição, em que pese o silêncio da lei, tem aplicação apenas nos casos de nulidade relativa, pois, diante da incompetência absoluta, todos os atos devem ser reputados imprestáveis, devendo ser refeitos perante o juízo natural da causa.

Entrementes, tal posição está longe de ser pacificada, valendo registrar, a título de exemplo, que o STF entende que o recebimento da denúncia, apesar de ter carga decisória, não é propriamente ato decisório, pelo que pode ser ratificado no juízo competente (STF – HC 72.286-5/PR – DJU 16-2-1996, p. 2998).

2.3 Exceção de litispendência

É a situação que ocorre quando duas ações estão em curso ao mesmo tempo, tratando da **mesma causa de pedir** e tendo a **mesma parte ré**. A litispendência é uma exceção peremptória, extinguindo o processo sem julgamento meritório (absolvição de instância) e o ponto fundamental a ser indagado para seu reconhecimento são os fatos atribuídos ao réu, **pouco importando a qualificação jurídica** que lhes foi dada.

(i) Arguição

A exceção de litispendência pode ser arguida a qualquer tempo, inclusive declarada *ex officio*, não havendo prazo para o seu reconhecimento, devendo ser afirmada no segundo processo. Na hipótese de ser instaurado apenas um novo inquérito policial, este deve ser trancado por meio de *habeas corpus*, por faltar-lhe justa causa.

(ii) Procedimento

A exceção de litispendência, que não suspende o curso do processo, deve ser oposta junto ao juiz da causa e autuada em apartado. Uma vez interposta, o magistrado decide após a oitiva da parte contrária e do *Parquet*.

(iii) Recursos

A decisão que rejeita a exceção de litispendência é irrecorrível, admitindo-se a interposição de *habeas corpus*, no intuito de trancar o novo processo. De outra banda, do reconhecimento da exceção de litispendência arguida pela parte cabe recurso em sentido estrito (art. 581, III, CPP). Já se for afirmada de ofício, em decisão que extingue o processo sem julgamento de mérito, o recurso cabível para guerrear-la é a **apelação** (art. 593, II, CPP).

2.4 Exceção de ilegitimidade de parte

Ordinariamente, parte legítima é o detentor da relação jurídica de direito material. Portanto, via de regra, somente quem é titular de um direito poderá

estar em juízo para defendê-lo, quer no polo ativo, quer no polo passivo. Todavia, a legitimidade ativa para a propositura da ação penal é *extraordinária*, pois o titular do direito de punir não é o Ministério Público, e, portanto, não há a coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica litigiosa, própria da legitimação ordinária (MARQUES, 2003, p. 373).

A inobservância de tal requisito leva à ilegitimidade de parte, que abrange a ilegitimidade *ad causam* (condição da ação) e a ilegitimidade *ad processum* (pressuposto processual).

São exemplos de ilegitimidade de parte o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público em desfavor de acusado do crime de dano, cuja ação própria é a ação privada (caso de ilegitimidade *ad causam* no polo ativo) ou em desfavor de menor de 18 anos (caso de ilegitimidade *ad causam* no polo passivo).

(i) **Procedimento**

Pode ser arguida a qualquer tempo, verbalmente ou por escrito. Caso a exceção de ilegitimidade seja suscitada oralmente, deve ser reduzida a termo. De todo modo, o incidente é autuado em apartado, e o juiz decide após as oitivas da parte contrária e do Ministério Público (art. 110, CPP).

(ii) **Efeitos do reconhecimento**

Em se tratando de *ilegitimatio ad causam*, anula-se todo o processo, eis que falece a alguém a autorização legal para ser parte na relação jurídica que se estabeleceu. Por este motivo, trata-se de **exceção peremptória**.

Na *ilegitimatio ad processum*, que diz respeito aos pressupostos de constituição e desenvolvimento regular do processo, é necessário analisar a dimensão do vício envolvido, dependendo disto a possibilidade ou não de convalidação da nulidade detectada. Assim, “a ilegitimidade de quem oferece representação no lugar da vítima menor em crime de ação pública condicionada poderá, em determinadas circunstâncias, não ser declarada, em face do art. 586 do CPP”. Nesses casos, a natureza desta exceção será dilatória. Entretanto, na hipótese de queixa-crime ajuizada por querelante menor, a gravidade do vício conduz à extinção do processo, e a exceção assume caráter peremptório (AVENA, 2011, p. 378).

(iii) **Recursos**

Da decisão que reconhece a exceção de ilegitimidade provocada pela parte, cabe recurso em sentido estrito (do art. 581, III, CPP). Porém, se o juiz reconhece de ofício a ilegitimidade da parte, não há específico recurso

para combater a decisão, mercê da falta de previsão específica.

Contudo, há posição doutrinária em sentido contrário, sendo Tourinho Filho (1999, v. 1, p. 287) partidário do cabimento de recurso em sentido estrito com base no inc. I, do art. 581, do CPP, pois equivaleria a um não recebimento da denúncia ou queixa *a posteriori*. Por derradeiro, anote-se que do não reconhecimento da ilegitimidade não cabe recurso algum, podendo-se utilizar o *habeas corpus* como sucedâneo recursal ou mesmo fazer consignar alegação da matéria em preliminar de apelação.

2.5 Exceção de coisa julgada (**exceptio rei judicatae**)

Denomina-se coisa julgada a matéria já decidida definitivamente por sentença transitada em julgado e que se tornou definitiva e imutável. Seu fundamento é encontrado, especialmente, no princípio do *non bis in idem*.

(i) **Função e espécies**

A doutrina costuma dizer que o objetivo da coisa julgada é a pacificação social, por meio da estabilidade das relações jurídicas (RANGEL, 2003, p. 843). Tradicionalmente, são duas as espécies de coisa julgada:

a) *Coisa julgada formal*: é a imutabilidade da decisão judicial dentro do mesmo processo. Ocorre quando decorrido o lapso temporal para interposição de recursos ou quando esgotadas as formas de impugnação da decisão. O efeito da coisa julgada não transcende o processo em que ocorreu, de modo que nada obsta que seja novamente instaurada aquela demanda. Por esse motivo, não é tem cabimento a alegação de coisa julgada formal por meio da exceção de coisa julgada.

b) *Coisa julgada material*: é a inalterabilidade que transcende o processo. A coisa julgada material sempre contém a formal e representa o encerramento do processo com decisão definitiva sobre o mérito. A matéria decidida definitivamente por sentença transitada em julgado torna-se imutável, ficando impedida a sua apreciação em nova relação processual.

É possível tratar de uma terceira hipótese de coisa julgada. Seria a **coisa soberanamente julgada**, também passível de arguição mediante *exceptio rei judicatae* e caracterizada pela impossibilidade de rescindir a decisão proferida. A decisão com esse caráter, além de impedir nova relação processual envolvendo as mesmas partes e o mesmo fato, impede a

desconstituição do conteúdo do *decisum*.

COISA JULGADA FORMAL	COISA JULGADA MATERIAL	COISA SOBERANAMENTE JULGADA
Imutabilidade dentro da mesma relação processual. Ex.: juiz rejeita inicial acusatória pelo crime de ameaça proposta pelo Ministério Público sem representação da vítima. A decisão encerra aquele processo, mas a acusação poderá ser novamente proposta se corrigido o equívoco.	Imutabilidade transcendente ao processo. Ex.: oferecida denúncia por “furto de uso”, o magistrado rejeita a acusação em razão da atipicidade da conduta, o que inviabiliza novo oferecimento de denúncia.	Imutabilidade transcendente ao processo + impossibilidade de revisão da decisão. Ex.: sentença absolutória criminal. Esgotados os recursos cabíveis (coisa julgada formal), não é possível rever a decisão para condenar o réu, ainda que descobertas provas nesse sentido.

(ii) Natureza jurídica

A coisa julgada deve ser vista como a imutabilidade emergente da sentença, adotando-se a corrente mais aceita, de Liebman, para quem a coisa julgada não constitui efeito da sentença, mas uma qualidade, um atributo, um modo de se manifestarem e se produzirem os efeitos (TOURINHO FILHO, 2003a, p. 703).

(iii) Requisitos

Para que se possa arguir a exceção da coisa julgada, **que só pode ser oposta em face do fato principal da causa**, mister se faz provar que existem, simultaneamente: uma ação anterior com decisão transitada em julgado; a discussão, em nova demanda, dos mesmos fatos já discutidos na demanda com sentença transitada em julgado, pouco importando a tipificação jurídica dada aos fatos; e parte ré em lide nova, configurada na mesma pessoa que foi réu na demanda com decisão passada em julgado (art. 110, § 2º, CPP).

(iv) Procedimento

Uma vez arguida a exceção de coisa julgada, o juiz determina sua autuação em apartado. Seguem-se as oitivas da parte contrária e do MP. Ao final, o juiz prolate decisão (art. 110, CPP).

(v) Recursos

Da decisão que julgar procedente a exceção de coisa julgada arguida pela

parte e que leva à extinção do processo sem julgamento de mérito (absolvição de instância), cabe recurso em sentido estrito (art. 581, III, CPP). Se for reconhecida de ofício, o recurso cabível é a apelação (do art. 593, II, CPP). Não há recurso próprio para combater a decisão que não acolhe a exceção arguida. Pode-se utilizar, porém, o *habeas corpus* ou alegar a matéria em preliminar de apelação.

1 Como veremos adiante, a ilegitimidade de parte poderá ser peremptória ou dilatória, conforme se trate de ilegitimidade *ad causam* ou *ad processum*.

Capítulo 4

◆ Incompatibilidades e Impedimentos

É necessário não misturar as noções de suspeição, incompatibilidades e impedimentos. Importa distinguir que, “enquanto a suspeição advém do vínculo ou relação do juiz com as partes do processo, o impedimento revela o interesse do juiz em relação ao objeto da demanda, e a incompatibilidade”, geralmente, “encontra guarida nas Leis de Organização Judiciária, e suas causas estão amparadas em razões de conveniência” (LIMA, 2002, v. 2, p. 21).

Com o intuito de obstar a atuação no processo do juiz, do membro do MP, dos servidores da justiça e dos peritos ou intérpretes, o art. 112 do CPP reza que, quando sobre esses recair “incompatibilidade ou impedimento legal”, impõe-se o dever de exarar declaração nos autos. Contudo, caso não se dê espontaneamente “a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição”.

Averbe-se, ainda, que o art. 112 do CPP é aplicável “também aos juízes e tribunais de instâncias superiores, ainda que tenham a designação de desembargadores ou ministros”. O reconhecimento do impedimento tem efeito retro-operante, haja vista que, por impedir a jurisdição, os atos praticados pelo magistrado serão invalidados, via de regra, sem possibilidade de serem sanados (MIRABETE, 2006, p. 394).

1. Processamento

A exceção de impedimento ou de incompatibilidade segue o mesmo procedimento da exceção de suspeição, de acordo com o que determina o art. 112 do CPP. Desse modo, a par da exceção de suspeição, a exceção de

incompatibilidade ou de impedimento precederá a qualquer outra, salvo se fundada em motivo ulterior (art. 96, CPP).

O juiz pode se averbar impedido ou afirmar a incompatibilidade, mediante despacho escrito nos autos, com a indicação do motivo legal, remetendo o processo a seu substituto e ordenando a intimação das partes (arts. 97 e 99, CPP). Todavia, caso não haja reconhecimento espontâneo por parte do magistrado, a parte poderá arguir a incompatibilidade ou o impedimento, por “petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais”, com “suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas” (art. 98, CPP).

Se o juiz não aceitar o impedimento ou a incompatibilidade, ordenará a autuação da petição em apartado e dará sua resposta no prazo de três dias. Nessa oportunidade, poderá instruir documentalmente suas informações e oferecer testemunhas, para, seguidamente, determinar a remessa dos autos da exceção ao juiz ou ao tribunal a quem competir o julgamento, no lapso de vinte e quatro horas (art. 100, *caput*, CPP).

As partes deverão ser intimadas da arguição. O juiz ou o tribunal, se reconhecer preliminarmente a relevância do incidente, marcará dia e hora para oitiva de testemunhas e, ato contínuo, julgará a exceção independentemente de outras alegações. Por outro lado, se a exceção de impedimento ou de incompatibilidade for manifestamente improcedente, o juiz ou o relator proferirá decisão liminar de rejeição (art. 100, §§ 1º e 2º, CPP).

Outrossim, nos termos do art. 102, CPP, “quando a parte contrária reconhecer a procedência da arguição, poderá ser sustado, a seu requerimento, o processo principal, até que se julgue o incidente” de impedimento ou de incompatibilidade.

No âmbito dos tribunais, sem prejuízo do disposto nos respectivos regimentos internos, o juiz “que se julgar suspeito deverá declará-lo nos autos e, se for revisor, passar o feito ao seu substituto na ordem da precedência, ou, se for relator, apresentar os autos em mesa para nova distribuição” (art. 103, *caput*, CPP). Não sendo “relator nem revisor, o juiz que houver de dar-se por” impedido ou incompatível, “deverá fazê-lo verbalmente, na sessão de julgamento, registrando-se na ata a declaração”. Se se tratar de presidente de tribunal, “competirá ao seu substituto designar dia para o julgamento e presidi-lo”. O incidente, por sua vez, não sendo reconhecido o impedimento ou a incompatibilidade, “será julgada pelo tribunal pleno, funcionando como relator o

presidente” (art. 103 e §§, CPP).

Por derradeiro, registre-se que a incompatibilidade e o impedimento podem ser suscitados em face do membro do Ministério Público. Nesse caso, o juiz, depois de ouvi-lo, “decidirá, sem recurso, podendo antes admitir produção de provas no prazo de três dias” (art. 104, CPP). No que toca à autoridade policial, não é cabível a arguição, embora deva ela, quando presente motivo legal, reconhecer o impedimento ou a incompatibilidade (art. 107, CPP). O impedimento ou a incompatibilidade dos jurados, a seu turno, deve ser pronunciado em plenário, cuja decisão será tomada pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, de tudo consignando em ata (art. 106, CPP). Sublinhe-se, ainda, que podem as partes levantar a incompatibilidade ou o impedimento dos peritos, dos intérpretes e dos “funcionários da justiça, decidindo o juiz de plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata” (art. 105, CPP).

2. Efeitos

Se a incompatibilidade ou o impedimento for acolhido, o CPP, em seu art. 101, prevê a nulidade dos atos do processo principal, com a imposição de pagamento das custas ao juiz, se o fundamento era evidente, caracterizando-se erro indesculpável por parte do magistrado. Se houver rejeição do pleito, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta multa, que, por falta de atualização da moeda prevista na legislação, encontra-se sem eficácia (art. 101, CPP).

3. Recursos

Contra a decisão que julgar a exceção de impedimento ou incompatibilidade não cabe recurso. De todo modo, é admissível a impetração do mandado de segurança como sucedâneo recursal, ou de *habeas corpus*, a depender do interesse versado na alegação.

Capítulo 5

◆ Conflito de Jurisdição

O conflito de jurisdição, que está disciplinado nos arts. 113 a 117 do CPP, ocorre quando dois ou mais juízes se consideram, contemporaneamente, competentes ou incompetentes para tomar conhecimento do fato delituoso. Também se manifesta o conflito se existe controvérsia sobre a unidade de juízo, junção ou separação de processos, nas hipóteses de conexão e continência.

Fala-se em **conflito de jurisdição** quando a divergência se estabelece entre órgãos de categorias jurisdicionais distintas, como entre juiz estadual e outro federal, ao passo que o **conflito de competência** seria aquele firmado entre juízes pertencentes à mesma jurisdição (TOURINHO FILHO, 2003b, v. 2, p. 607). Entendemos ser cabível a utilização de ambas as expressões, embora se deva registrar a opinião de Guilherme Nucci quando reputa equivocada a expressão conflito de jurisdição, “uma vez que não se trata de confronto de jurisdição, já que esta é inerente à função de qualquer magistrado”. O adequado, para o magistrado paulista, seria falar-se apenas em conflito de competência (NUCCI, 2008, p. 352).

1. Espécies e competência

O conflito de jurisdição pode ser positivo ou negativo. Na primeira espécie, temos dois ou mais juízes que se julgam competentes para conhecer do fato. Na segunda, o conflito negativo, os magistrados julgam-se incompetentes. Nos termos do art. 115, CPP, têm legitimidade para suscitar o conflito: (1) a parte interessada; (2) os órgãos do Ministério Público junto a qualquer dos juízos em dissídio; e, (3) os juízes ou tribunais em causa.

Situações de aparente conflito já foram pacificadas no STJ por meio das

Súmulas ns. 22 e 59. Esta assenta o entendimento de que “não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes”. Por seu turno, a primeira assevera que “não há conflito de competência entre Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-membro”. Todavia, com a supressão dos Tribunais de Alçada pelo advento da EC n. 45, o último entendimento sumular perdeu a importância.

Para identificar o órgão competente para apreciar o conflito, é fundamental ter por referência a própria Constituição Federal, sem prejuízo do que dispõe a Constituição dos estados. Vejamos as principais regras:

- a) Compete ao STF julgar o conflito existente entre o STJ e quaisquer tribunais, entre os Tribunais Superiores, e entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, o, CF).
- b) Cabe ao STJ julgar o conflito entre quaisquer tribunais, ressalvada a competência do STF, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados (TRF e juiz estadual), e entre juízes vinculados a tribunais diversos (juiz estadual e federal), de acordo com o art. 105, I, d, CF.
- c) Compete ao TRF apreciar o conflito entre juízes federais da mesma região (art. 108, I, e, CF).
- d) Cabe ao Tribunal de Justiça apreciar o conflito entre juízes estaduais de primeiro grau que lhe sejam vinculados.

De outra banda, o STJ editou a Súmula n. 348, entendendo competir ao “Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária”. O fundamento era o de que o Juizado Especial Federal não possuía vínculo jurisdicional com o respectivo Tribunal Regional Federal (em que pese administrativamente ele existir), de sorte que o conflito entre o juizado e juiz federal, ainda que da mesma seção, caracterizar-se-ia como sendo de juízos que não estão vinculados ao mesmo tribunal, competindo ao STJ dirimi-lo. Este mesmo raciocínio acabaria sendo aplicado ao conflito entre o Juizado Estadual e magistrado do mesmo estado, de sorte que, ao invés do TJ, resvalaria na competência do Superior Tribunal de Justiça.

O STF, por sua vez, manteve entendimento contrário ao do STJ, de forma que o conflito entre o Juizado Especial Federal e juiz federal, para a Corte Suprema, seria dirimido pelo TRF, órgão a que estariam afetos os magistrados (RE 590.409/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Isso deu margem ao cancelamento da Súmula n. 348 e consequente edição pelo STJ de súmula

substituta, pacificando a matéria. Assim, a atual regência é da Súmula n. 428, coadunando-se ao entendimento esboçado pelo STF, *in verbis*: “Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária”.

2. Processamento

O processamento está disciplinado no art. 116, CPP. De tal forma, a arguição é feita mediante representação dos juízes em conflito ou requerimento das partes, podendo o conflito negativo ser suscitado nos próprios autos. Tratando-se de conflito positivo, o relator pode determinar que seja suspenso o processo. Em seguida, o relator requisita informações que serão prestadas pelas autoridades em conflito nos prazos fixados por ele. Uma vez recebidas as informações, o relator, se não precisar instruir o feito, ouve o órgão do MP, e a questão é decidida na primeira sessão. Dessa decisão serão enviadas cópias, para sua execução, às autoridades envolvidas.

3. Recursos

É possível que o conflito seja resolvido ainda em primeiro grau, pelo reconhecimento da incompetência por um dos magistrados envolvidos, que pode se dar de ofício, ou pelo julgamento da exceção específica. Desta forma, contra a decisão que concluir pela incompetência do juízo, em primeiro grau de jurisdição, é cabível o recurso em sentido estrito, *ex vi* do art. 581, II, CPP. Sem embargo, cabível também o recurso em sentido estrito contra a decisão que julga a exceção, nos termos do art. 581, III, CPP.

Se a decisão rejeitar a exceção de incompetência, não cabe recurso, sem prejuízo da possibilidade de impetração de *habeas corpus* (se envolver crime com pena privativa de liberdade) ou de mandado de segurança (se o delito não contiver abstratamente pena privativa de liberdade), como sucedâneo recursal.

Em segunda instância, o acórdão que julgar conflito de competência estará sujeito aos recursos especial ou extraordinário previstos constitucionalmente. De todo modo, as ações autônomas de impugnação referidas poderão ter lugar sempre que não houver previsão de recurso específico.

Por sua vez, o art. 117 do CPP prevê que o STF poderá se valer do incidente da advocatória, para restabelecer sua competência, sempre que exercida por qualquer outro órgão jurisdicional. A Constituição Federal, a seu turno, faz previsão de outra ferramenta (art. 102, I, CF), denominada reclamação, que

também pode ser utilizada pelo STJ, tendo disciplina na Lei n. 8.038/90.

Capítulo 6

◆ Conflito de Atribuições

É o conflito “que se estabelece entre o órgão do Poder Judiciário e o órgão de outros Poderes (Executivo e Legislativo), dirimido por aquele, ou entre órgãos não jurisdicionais, resolvidos, ao menos de início, sem a intervenção da autoridade judiciária” (MIRABETE, 2003, p. 227).

Como se depreende, o conflito de atribuições não se confunde com o conflito de competência. Decerto, enquanto “o conflito de competência se dá entre dois ou mais juízes”, “o conflito de atribuições se dá, por exemplo, entre dois promotores” (GOMES, 2005, p. 163). A distinção recai sobre a existência ou não da nota de jurisdicionalidade de ambos os órgãos envolvidos.

1. Competência para dirimir o conflito

A primeira fonte de verificação da competência para julgar o conflito de atribuições é a Constituição do Brasil. É assim que o seu art. 105, I, *g*, estabelece a competência do STJ para processar e julgar originariamente “os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”.

Além da Constituição Federal, a competência para processamento e julgamento dos conflitos de atribuições entre os diversos órgãos dos Poderes públicos tem regulação nas Constituições estaduais e nas leis de organização judiciária. Todavia, diante do grande leque de possibilidade de conflitos entre órgãos públicos, subsistem lacunas legislativas que requerem atividade hermenêutica.

É assim que Afrânio Silva Jardim – relativamente “à atribuição para dirimir

conflito de atribuições entre órgãos de Ministérios Públicos diversos (União e Estado ou mais de uma Unidade da Federação)” – observa que existem duas alternativas possíveis para resolução, podendo ser conferida aos seguintes órgãos: “a) Supremo Tribunal Federal; b) curador-Geral da República”. Já “se a controvérsia surgir no âmbito de um mesmo Ministério Público, será ela resolvida pelo respectivo Procurador-Geral”, com amparo na Lei n. 8.625/93. O entendimento concernente a ser do STF a competência para dirimir o conflito “decorre da interpretação extensiva” (JARDIM, 2002, p. 223), com base na “teoria do órgão”, a ser conferida ao art. 102, I, *f*, da Constituição de 1988, ao assentar que ao Pretório Excelso compete processar e julgar originariamente “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”.

A matéria não é pacífica. Constatando a divergência, Luiz Flávio Gomes aduz que “no conflito entre MP estadual e MP federal, a competência para dirimir o conflito é muito controvertida. Divide-se entre: 1) STF; 2) STJ; 3) Procurador-Geral da República (GOMES, 2005, p. 163). O entendimento anterior do STF, assentado na Pet. 1.503/MG, indicava que a competência era do Superior Tribunal de Justiça” (STF – Pleno – Rel. Min. Maurício Corrêa – *DJ* 14-11-2002, p. 14). Não foi essa a direção que seguiram os Tribunais Superiores (STF – Pleno – Pet. 3.631/SP – Rel. Min. Cezar Peluso – *DJ* 7-3-2008, p. 245. Cf. também: STF – Pleno – ACO 853/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso – *DJ* 27-4-2007, p. 56 e STJ – Primeira Seção – CAat 163/ES – Rel. Des. Fed. Conv. Carlos Fernando Mathias (TRF 1ª Região) – *DJ* 23-6-2008). Sagrou-se vencedora a tese de que o conflito de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministérios Públicos dos Estados, bem como entre Ministérios Públicos Estaduais, é de competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Processamento

O processamento do conflito de atribuições segue, no que for compatível, a forma de processamento utilizada no conflito de jurisdição, cuja disciplina está disposta no art. 116, CPP. Desse modo, os órgãos envolvidos, sob a forma de representação, e a parte interessada, sob a de requerimento, comunicarão circunstanciadamente o conflito ao órgão com competência para processá-lo e julgá-lo, fazendo juntar documentos.

Se o conflito for negativo, cabe suscitá-lo nos próprios autos (art. 116, § 1º, CPP). Se positivo, o relator pode determinar que seja suspenso o processo (art. 116, § 2º, CPP). Seguidamente, o relator requisita informações que serão

prestadas pelas autoridades em conflito nos prazos fixados por ele (art. 116, §§ 3º e 4º, CPP). Uma vez recebidas as informações, o relator, se não precisar instruir o feito, ouve o órgão do MP e decide a questão na primeira sessão (art. 116, § 5º, CPP). Dessa decisão serão enviadas cópias, para sua execução, às autoridades envolvidas (art. 116, § 6º, CPP).

Capítulo 7

◆ Restituição de Coisas Apreendidas

1. Introdução

Para instruir o inquérito policial, a autoridade policial deve apreender os instrumentos do crime e objetos outros que tenham relação com o fato criminoso. Os objetos que podem ser apreendidos são os declinados nas alíneas do art. 240, CPP. A apreensão pode ocorrer durante a busca pessoal ou domiciliar, que, por seu turno, de regra, depende de mandado judicial (art. 5º, XI, CF). As coisas apreendidas, segundo o art. 118, CPP, enquanto interessarem ao processo, não poderão ser devolvidas antes de transitar em julgado a sentença final.

2. Autoridade restituinte

O *caput* do art. 120 do CPP trata da autoridade que poderá deliberar acerca da restituição, quais sejam: o delegado ou o juiz. A deliberação do delegado de polícia está circunscrita aos casos de direito indubitado e quando a coisa não for apreendida em poder de terceiro de boa-fé (art. 120, §§ 1º e 2º, CPP).

3. Confisco

O Código Penal prevê hipótese de confisco, em dispositivo que encontra respaldo na Constituição. Deveras, o art. 91, II, afirma que são efeitos da condenação “a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé”: (a) “dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”; e, (b) “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito

auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

Uma vez confiscados, os objetos poderão ser destruídos, vendidos em leilão, ou recolhidos ao museu (art. 124, CPP). Tratando-se de **objetos não reclamados** (art. 123, CPP), que não sejam passíveis de confisco, serão eles leiloados, e o valor, depositado em favor do juízo de ausentes.

Por sua vez, o art. 20, da Lei n. 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, prevê o **confisco de produtos que utilizem a suástica**.

No que tange ao **crime de reprodução de obra com violação de direito autoral** (art. 184, §§ 1º, 2º e 3º, CP, e art. 530-G, CPP, trazidos pela Lei n. 10.695/2003), o juiz determina, na sentença, a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, bem como o perdimento em favor da Fazenda Nacional dos equipamentos apreendidos que se destinem à prática do ilícito.

4. Procedimento da restituição

O pedido de restituição poderá ser acolhido de imediato, mediante termo nos autos do inquérito policial ou do processo penal. A restituição, nesse caso, será efetivada pela autoridade policial ou pelo juiz sem necessidade de instauração do incidente (art. 120, *caput*, CPP).

Porém, se duvidoso o direito alegado pelo reclamante, “o pedido de restituição autuar-se-á em apartado, assinando-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Em tal caso, só o juiz criminal poderá decidir o incidente” (art. 120, § 1º, CPP). A autuação do incidente também ocorrerá “em apartado e só a autoridade judicial o resolverá, se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro dois dias para arrazoar” (art. 120, § 2º, CPP).

Requerida a restituição de bem apreendido no contexto do delito objeto de inquérito policial ou de processo penal, o juiz, ao receber e mandar autuar o incidente, também ordenará a notificação do Ministério Público para falar nos autos (art. 120, § 3º, CPP).

Havendo “dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono” – que dependa de dilação probatória não comportável perante o juízo criminal, o magistrado “remeterá as partes para o juízo cível, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea” (art. 120, § 4º, CPP).

Por fim, conforme o § 5º do art. 120 do CPP, em se cuidando “de coisas facilmente deterioráveis”, elas “serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade”.

5. Recurso

Da decisão acerca do pedido de restituição, cabe apelação, além da possibilidade de impetração de mandado de segurança (MIRABETE, 2006, p. 413-414).

Capítulo 8

◆ Medidas Assecuratórias

As medidas assecuratórias visam garantir o ressarcimento pecuniário da vítima em face do ilícito ocorrido, além de obstar o locupletamento ilícito do infrator. Servem também para pagamento de custas e de eventual multa. Têm caráter de instrumentalidade e se destinam a evitar o prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação penal. São elas: o sequestro, a hipoteca legal e o arresto.

1. Sequestro de bens imóveis

1.1 Cabimento

O sequestro de bens imóveis pode ser determinado tanto no inquérito quanto no processo, recaindo sobre imóveis adquiridos, pelo indiciado ou acusado, “com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro” (art. 125, CPP).

Nos termos do art. 126, CPP, “para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”. No entanto, a ordem de sequestro deve permitir conhecer o motivo pelo qual o objeto ou os objetos que carecem da cautela estão vinculados à atividade ilícita, sua importância como prova, bem como indicar precisamente qual o alcance do sequestro, porquanto, como afirma Claus Roxin, “la orden global de secuestro ‘de todos los objetos encontrados’” não se compraz “con el principio del Estado de Derecho” (2003, p. 300).

Outrossim, a ordem de sequestro – que tem cabimento em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa – pode ser proferida pelo juiz, “de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou

mediante representação da autoridade policial” (art. 127, CPP).

O art. 128 do CPP estatui que, uma vez “realizado o sequestro, o juiz ordenará a sua **inscrição no Registro de Imóveis**” (grifamos). Cuida-se de uma forma de tornar pública a restrição, assegurando a eficácia do provimento condenatório final, bem como protegendo direito de terceiros contra eventual evicção.

1.2 Embargos

Em compasso com os ditames da Constituição do Brasil, a medida cautelar de sequestro admite procedimento contraditório por meio de uma ação autônoma, que são os embargos. Com efeito, de um lado permite-se ao acusado provar que o bem não foi adquirido com os proventos da infração; de outro, autoriza-se o terceiro a demonstrar que o bem foi adquirido onerosamente e de boa-fé.

Com esse intuito, o art. 129, CPP, preconiza que “o sequestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro”, assim como o art. 130, CPP, verbera que “o sequestro poderá ainda ser embargado”: (I) “pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração”; e, (II) “pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé”. Têm, portanto, fundamentação vinculada aos limites legais.

Na forma estabelecida pelo parágrafo único, do art. 130, do CPP, “não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória”. Em outras palavras, esses embargos serão julgados pelo juízo criminal, após o trânsito em julgado do processo principal.

1.3 Recurso

Da decisão que concede ou nega o pedido de sequestro, cabe apelação.

1.4 Levantamento

Por ser medida de constrição patrimonial extrema, que retira o suposto titular do bem de sua administração, a sua subsistência deve estar pautada na estrita necessidade. Portanto, se a ação criminal não for intentada em 60 dias, contados da data em que for concluída a diligência (e não do efetivo registro no cartório imobiliário); ou se o terceiro prestar caução, assegurando o ressarcimento dos danos causados pelo delito; ou ainda se houver sentença absolutória ou extintiva da punibilidade transitada em julgado, o instituto deve ser **levantado**, o que

significa a desoneração do bem, que fica livre de qualquer impedimento (art. 131, CPP).

1.5 Destinação ao final do processo

Uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, existindo o sequestro de bens imóveis, deverá o próprio juiz da causa criminal valer-se do art. 133 do CPP, determinando a avaliação e venda dos bens em leilão público, sendo a quantia arrecadada, no que não couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, recolhida ao Tesouro Nacional.

2. Sequestro de bens móveis

Quando o bem móvel é **produto direto do crime**, é passível de busca e apreensão (art. 240 e ss., CPP). Todavia, se é considerado **provento do delito**, leia-se bem obtido com a especialização do produto da infração, estará sujeito a sequestro. Assim, o dinheiro tomado em assalto é objeto de busca e apreensão (produto do crime). Já o bem móvel adquirido com os valores é o proveito, sendo passível de sequestro, e sua disciplina, no que for compatível, é a mesma do sequestro de imóveis (art. 132, CPP).

2.1 Cabimento

Pode ser determinado tanto no inquérito quanto no processo, tendo larga aplicação ao longo de toda a persecução penal.

2.2 Embargos

São cabíveis, sob os mesmos argumentos do cabimento de embargos para combater a decretação de sequestro de bens imóveis.

2.3 Recurso

Da decisão que concede ou nega o pedido de sequestro, cabe apelação.

2.4 Levantamento

O sequestro não subsiste se a ação criminal não for intentada em sessenta dias, ou se o terceiro prestar caução, ou ainda se houver sentença absolutória ou extintiva da punibilidade. Ocorrendo a hipótese, o sequestro será levantado (art. 131, CPP).

2.5 Destinação ao final do processo

Da mesma forma que no sequestro de imóveis, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, existindo o sequestro de bens móveis, cabe ao juiz criminal valer-se do art. 133 do CPP, determinando a avaliação e venda em leilão público, e a quantia arrecadada, no que não couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, será recolhida ao Tesouro Nacional.

3. Hipoteca legal

3.1 Cabimento

A hipoteca legal é medida assecuratória que recai sobre **imóveis de origem lícita**, de propriedade do acusado. Sua decretação só é cabível durante o processo. É com essa ideia que o art. 134 do CPP dispõe que “a hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria”. Há uma impropriedade terminológica no texto legal, que se refere a indiciado, quando em verdade o adequado seria réu, afinal, a medida é típica da fase processual.

Decerto, a hipoteca legal tem o fito de viabilizar a reparação do dano causado pelo crime (art. 91, I, CP), eis que se trata de “direito real instituído sobre imóvel alheio para garantir uma obrigação de ordem econômica, sem que haja transferência da posse do bem gravado para o credor” (MIRABETE, 2006, p. 428).

3.2 Procedimento

O procedimento da inscrição de hipoteca legal é o estabelecido no art. 135, CPP. Com efeito, a especialização de hipoteca legal ocorre “mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados”. Recebido o pedido, “o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis” (art. 135, *caput*, CPP).

A petição da medida assecuratória de hipoteca legal deve estar acompanhada das provas ou da “indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio” (art. 135, § 1º, CPP). É o lastro probatório mínimo, essencial para a decretação da medida (*justa causa*).

O juiz ouvirá as partes no prazo de dois dias, e em que pese a previsão de que o curso deste ocorrerá em cartório (art. 135, § 3º, CPP), entendemos que a intimação é de rigor. Pode ainda corrigir o valor estipulado da responsabilidade, se reputar deficiente ou excessivo o *quantum* fixado pelas partes ou pelo perito por ele nomeado (caso não haja avaliador judicial), a teor dos §§ 2º e 3º do art. 135, CPP.

Ao final, será proferida decisão, autorizando “somente a inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis necessários à garantia da responsabilidade” (art. 135, § 4º, CPP).

Como se infere, a destinação dos bens hipotecados é para ressarcimento do dano causado pelo ilícito penal.

Sem embargo, “o valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, podendo ser requerido novo arbitramento se qualquer das partes não se conformar com o arbitramento anterior à sentença condenatória” (art. 135, § 5º, CPP).

3.3 Recurso

Da decisão do juiz de primeiro grau que determina ou nega a inscrição da hipoteca legal, cabe apelação ao tribunal *ad quem*, nos termos do art. 593, II, CPP.

3.4 Levantamento

Conforme o art. 141, CPP, a hipoteca legal será cancelada “se, por sentença irrecorrível, o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade”. A dicção do enunciado normativo está imbricada com a finalidade do instituto que é, ao cabo, ressarcir o ofendido e adimplir despesas processuais. Daí que, quando não sobrevier título executivo judicial, porém sentença transitada em julgado desprovida daquela natureza, a restrição real de hipoteca não subsistirá.

Por fim, calha observar que, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a hipoteca legal cuja inscrição tenha se consumado pode ser cancelada no caso de oferecimento de caução pelo acusado, mediante autorização judicial, haja vista que o § 6º, do art. 135, prevê que a caução suficiente oferecida pelo réu poderá ser fundamento para a não efetivação da inscrição da hipoteca legal.

3.5 Destinação ao final do processo

Os autos de hipoteca legal devem ser remetidos ao juiz cível (art. 143, CPP).

A hipoteca legal objetiva assegurar o ressarcimento do dano, alcançando “também as despesas processuais e as penas pecuniárias”, com “preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido” (art. 140, CPP). Como a sentença condenatória penal é título executivo judicial na esfera cível, as pretensões de ressarcimento serão resolvidas nesse juízo.

4. Arresto de bens móveis (antigo sequestro definitivo)

Antes da Lei n. 11.435/2006, o arresto de bens móveis era impropriamente chamado de sequestro pelo Código de Processo Penal. Com a nova redação dada ao art. 137 do CPP, a falta de técnica foi sanada pelo legislador, pontificando que, “se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis”. O § 2º, do art. 137, do CPP, de outro lado, possibilita que “das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família”.

Sem embargo, caso esses bens móveis sejam “coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á na forma do § 5º do art. 120” do CPP, ou seja, podem ser de pronto vendidos em leilão, depositando-se o valor apurado à disposição do juízo, ou podem ser restituídos a quem os detinha mediante lavratura de termo nos autos, sendo esta pessoa idônea e assumindo a responsabilidade (art. 137, § 1º, CPP).

4.1 Cabimento

O arresto de bens móveis do art. 137 será admissível na forma como “é facultada a hipoteca legal”, mormente quando: (1) tiver o objetivo de “garantir a satisfação de indenização futura”; (2) o acusado não dispuser de “imóveis suficientes para garantir a indenização”, razão pela qual este arresto é “subsidiário e complementar”, sendo prioridade a “hipoteca legal (sobre bens imóveis)”; e (3) haja “prova do crime e indícios de autoria” (GOMES, 2005, p. 169).

Dessa forma, o arresto de móveis é medida residual, sendo invocado quando não existam bens imóveis de origem lícita, ou, em havendo, sejam insuficientes para viabilizar a indenização dos danos causados pela infração.

4.2 Procedimento

A medida deve ser requerida pela parte interessada. Nas localidades onde

existir Defensoria Pública estruturada, não terá incidência o art. 142, CPP, que preconiza que “caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 e 137, se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer”. Perlustre-se, de mais a mais, que não tem mais aplicação a parte do enunciado que atribui ao *Parquet* o papel de representante da Fazenda Pública, haja vista que atualmente os entes federativos contam com órgãos de advocacia pública e que a Constituição Federal de 1988 traçou nova postura funcional para o Ministério Público (art. 127, CF).

O processo de arresto de bem móvel correrá em auto apartado, de acordo com a nova redação do art. 138 do CPP, conferida pela Lei n. 11.435/2006. Uma vez arrestados os bens, serão eles entregues a um depositário, sujeitando-se ao regime do Código de Processo Civil (art. 139, CPP).

4.3 Recurso

Da decisão que decreta ou denega o arresto não cabe recurso específico, razão pela qual é plausível admitir a impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal.

4.4 Levantamento

A teor do art. 141 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.435/2006, “o arresto será levantado” quando, “por sentença irrecorrível, o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade”.

4.5 Destinação ao final do processo

Os autos do arresto devem ser remetidos ao juiz cível (art. 143, c/c art. 63, CPP), “diversamente do que ocorre com o sequestro, que é resolvido no próprio juízo penal” (PACHECO, 2006, p. 736). Ao cabo, a medida cautelar de arresto objetiva garantir o ressarcimento do dano, alcançando “também as despesas processuais e as penas pecuniárias”, com “preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido” (art. 140, CPP). Como a sentença condenatória penal é título executivo judicial na esfera cível, as pretensões de ressarcimento serão resolvidas nesse juízo.

5. Arresto de imóveis (antigo sequestro prévio)

O arresto é medida assecuratória que recai sobre imóveis de **origem lícita**, a serem submetidos, em momento ulterior, à hipoteca legal. Cuida-se de uma providência puramente cautelar dos direitos do lesado, em face do perigo da

demora na especialização da hipoteca legal. Caso não seja promovido o procedimento de especialização da hipoteca no prazo de quinze dias da determinação do arresto, será ele revogado (art. 136, CPP).

Cabe destacar que a Lei n. 11.435/2006 deu nova redação ao art. 136 do CPP. Antes dessa modificação, a doutrina criticava a denominação da medida em tela de sequestro (sequestro prévio), eis que o bem objeto da cautela não estaria em litígio, tal como preconiza o art. 813, CPC. Com a alteração, o legislador conferiu mais técnica ao art. 136 do CPP, ao estatuir que “o arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal”.

Em se tratando de bens de origem lícita submetidos às medidas assecuratórias, passada em julgado a sentença condenatória no juízo criminal, os autos da hipoteca legal e do arresto serão remetidos ao **juízo cível**, para que lá se torne efetivo o ressarcimento em face dos danos causados pelo ilícito criminal.

5.1 Cabimento

Nos termos da primeira parte do art. 136, CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.435/2006, “o arresto do imóvel poderá ser decretado de início”. Cuida-se de medida cautelar preparatória de especialização de hipoteca legal superveniente. Por tal razão, para ser cabível o arresto do imóvel, deve este ser de **origem lícita** e de propriedade do acusado.

Enquanto a inscrição de hipoteca legal deve ser proposta durante o processo, a cautelar preparatória dela – o arresto – pode ser movida também durante o inquérito policial. Todavia, em face da exiguidade do prazo para o manejo do processo de inscrição de hipoteca legal (quinze dias), se o arresto de imóvel for requerido durante a fase investigativa, haverá maior risco de incidir hipótese para sua revogação (art. 136, CPP).

Para a viabilidade do arresto de imóvel, é mister que se demonstre a existência da infração penal e indícios suficientes de autoria, tal como se exige para a hipoteca legal (art. 134, CPP). De mais a mais, deve ficar evidenciada a existência de dano causado pelo crime, a demandar reparação (art. 91, I, CP).

5.2 Recurso

Da decisão que decreta ou denega o arresto não cabe recurso específico, razão pela qual é plausível admitir a impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Capítulo 9

◆ Incidente de Falsidade

1. Introdução

O documento objeto do incidente de falsidade “pode ser conceituado de forma ampla ou de modo restrito. Em sentido amplo é o objeto idôneo a servir de prova, que inclui não só o escrito, mas também objetos outros”, tal como uma fotografia. É o conceito que adotamos para efeito do incidente em estudo. Tomado em seu sentido estrito, documento é “toda peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica” (MIRABETE, 2003, p. 245).

Havendo dúvidas acerca da idoneidade de determinado documento, o meio hábil para desentranhá-lo dos autos é a instauração do incidente de falsidade. Tem ele a finalidade de retirar dos autos o documento sob o qual recai suspeita quanto a sua seriedade e sinceridade – evitando que o juiz seja levado “a cometer erro, com graves prejuízos para a administração da Justiça” – e, para tanto, será instaurado “um processo especialmente estabelecido para a averiguação da pretendida falsidade” para resolver tal questão incidental (TOURINHO FILHO, 1999, v. 1, p. 336).

O art. 148 do CPP dispõe que, no incidente de falsidade, “qualquer que seja a decisão, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil”. Para Eugênio Pacelli de Oliveira, esse enunciado normativo evidencia “a inutilidade de tal modalidade de incidente”, que não é autêntica questão prejudicial (2004, p. 319).

Entrementes, considerando que o cabimento do incidente está atrelado à

relevância jurídica da arguição, mais adequado é compreender que os efeitos da declaração devem se referir ao processo penal aludido na petição do incidente. O documento – ou parte dele – pode ser mais ou menos relevante a depender do conteúdo da ação penal principal. Daí que reputar inútil o incidente se cuida de uma ilação excessiva, até porque, como pontifica Afrânio Silva Jardim, “a busca da verdade real ou material, consagrada na segunda parte do art. 156 do Código de Processo Penal, é uma decorrência da própria natureza do bem da vida e valores que justificam a existência mesmo do processo penal”, qual seja: “o interesse do Estado em tutelar a liberdade individual” (JARDIM, 2002, p. 200).

2. Espécies

Os documentos são classificados segundo duas espécies, a saber: **originário** ou **instrumento** e **eventual**. É originário o documento gerado com o propósito de provar, a exemplo do contrato. Eventual é aquele que, embora possa servir como prova, não foi produzido para tal fim. De todo modo, a “característica essencial do documento, ainda, é a relevância jurídica do escrito, ou seja, é necessário que a expressão do pensamento nele contido tenha possibilidade de gerar consequências no plano jurídico” (MIRABETE, 2003, p. 245-246).

3. Legitimidade

O incidente de falsidade documental pode ser suscitado pelas partes (Ministério Público, querelante ou acusado). O art. 146 do CPP deixa gizado que “a arguição de falsidade, feita por procurador, exige poderes especiais”, especialmente porque o incidente pode evidenciar indícios de crime de quem apresentou o documento e, *a contrario sensu*, se improcedente, pode indicar delito cometido pelo arguente. Entendemos que também o assistente de acusação tem legitimidade para ingressar com a arguição de falsidade. Ademais, o juiz pode reconhecer de ofício a falsidade documental, a teor do art. 147 do Código de Processo Penal.

4. Procedimento do incidente

A arguição do incidente deve ser dirigida ao juiz na forma escrita. O magistrado coleta a oitiva da parte contrária, concedendo-lhe prazo de 48 horas para manifestação. Em seguida, abre prazo de três dias, sucessivamente, para alegações das partes. Havendo necessidade, o juiz determinará diligências, para, ao cabo, serem os autos conclusos para decisão.

Deveras, nos termos do art. 145 do CPP, “arguida, por escrito, a falsidade de documento constante dos autos”, o juiz: (1) ordenará a autuação da impugnação, em apartado; (2) determinará a intimação da parte contrária para, no prazo de 48 horas, oferecer resposta; (3) assinará o lapso de três dias, de forma sucessiva, a cada uma das partes, com a finalidade de apresentação de prova de suas alegações; (4) mesmo depois de conclusos os autos para decisão, poderá converter o julgamento em diligência, se entender necessário; e (5) prolatará decisão, rejeitando ou acolhendo a alegação de falsidade, mandando, neste último caso, assim que se tornar irrecorrível tal decisão, “desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público”.

Anote-se, ademais, que o processo incidente de falsidade guarda algumas peculiaridades. Com efeito, em face do interesse que permeia a arguição, a confissão da parte contrária não é capaz de impedir que o juiz determine diligências de ofício, se entender necessário. É que pode estar em jogo a presença de crime de falso ideológico ou material, a compelir o magistrado a enviar cópia dos autos ao *Parquet*, seja pelo teor do art. 40, CPP, seja pela disposição específica do art. 145, IV, CPP.

A seu turno, é importante destacar que o documento reconhecidamente falso não deixa de ser enquadrado no conceito de prova ilícita, e o seu desentranhamento, com posterior remessa ao MP para apurar eventual infração perpetrada, é de todo salutar. Dessa forma, não entendemos aplicável a previsão do § 3º do art. 157 do CPP, ao determinar que a prova ilícita, uma vez retirada dos autos, deve ser destruída. A posição aqui assumida se deve não só pelo princípio da especialidade, já que para os documentos temos regra própria, estampada no art. 145, inc. IV, CPP, mas também pelo fato de que a destruição da prova ilícita acabaria por eliminar a própria materialidade que demonstra a ilegalidade na sua produção, correndo-se o risco de não ter como responsabilizar aquele que produziu o documento material ou ideologicamente falso.

5. Efeitos

O incidente de falsidade só produzirá seus efeitos no âmbito do processo penal relativo ao documento questionado. A arguição não implica coisa julgada material, mas tão somente formal, tal como se depreende do art. 148, CPP. Uma vez reconhecida a falsidade, o documento é retirado do processo, com a remessa dos autos do incidente ao Ministério Público, eis que é o órgão que detém eventual *opinio delicti*.

Frise-se, pois, que essa decisão não fará coisa julgada em futuro processo cível ou criminal. Com Magalhães Noronha, pode-se dizer que, em essência, “o único efeito da decisão, no processo incidente, é manter o documento nos autos principais ou deles desentranhá-lo” (2002, p. 108).

6. Recurso

A decisão que resolve, em primeira instância, o incidente de falsidade desafia recurso em sentido estrito (art. 581, XVIII, CPP). Esse recurso não é dotado de efeito suspensivo (art. 584, CPP), subindo ao tribunal de segunda instância “nos próprios autos do incidente” (NORONHA, 2002, p. 107).

Capítulo 10

◆ Incidente de Insanidade Mental

1. Introdução

Pairando dúvidas sobre a higidez mental do autor do ilícito, deve ser instaurado o incidente de insanidade mental, podendo ocorrer durante o inquérito ou no processo. Decerto, constatando situação de dúvida sobre a integridade mental do acusado, “o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal” (art. 149, CPP).

A instauração do incidente pode ter lugar também em virtude de “representação da autoridade policial” (art. 149, § 1º, CPP), além dos legitimados acima, desde que haja “fundada dúvida sobre a sanidade mental de um acusado (ou indiciado)” (GOMES, 2005, p. 170). Se o juiz determinar a instauração do incidente na fase do inquérito, este não é suspenso. Por outro lado, nos termos do § 2º, do art. 149, do CPP, na fase processual, “o juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento”.

A relevância do incidente de insanidade mental recai especialmente sobre a culpabilidade do agente, notadamente pela possibilidade de prolação de sentença absolutória imprópria tendente a não impor pena, porém aplicar medida de segurança. Na prática, o acusado é submetido à “perícia psiquiátrica. O reconhecimento da irresponsabilidade do imputável”, no dizer de Magalhães Noronha, “é exigência de estrita justiça”, mercê de não dispor de capacidade de

entender o caráter ilícito do fato e de querê-lo (2002, p. 110).

2. Procedimento

Em conformidade com os arts. 149 e seguintes do CPP, o procedimento para aferição da insanidade mental do acusado é iniciado quando o juiz determina a instauração do incidente por meio de portaria, com a nomeação de curador, suspendendo o curso da ação principal, ressalvando-se a realização de atos urgentes. Não há suspensão ou interrupção do prazo prescricional, que **continua a correr**.

Em seguida, as partes são intimadas para ofertar quesitos, dispondo o perito de quarenta e cinco dias para conclusão do laudo, prorrogáveis, a critério do juiz, por decisão fundamentada. O laudo apresentado é acostado aos autos do incidente que, por sua vez, devem ser apensados aos autos principais. Entendemos que na fase do inquérito ao advogado do indiciado deve ser admitido apresentar quesitos, mesmo ao reconhecimento que nesta etapa impera a inquisitorialidade. Como é o magistrado que tem legitimidade para determinar o incidente, ainda que na fase pré-processual, deve determinar a intimação do advogado do suspeito para que apresente os quesitos que entender pertinentes.

3. Sequência

- 1º) o juiz baixa portaria, instaurando o incidente;
- 2º) o curador é nomeado;
- 3º) o processo principal é suspenso e a prescrição corre normalmente, sem prejuízo da realização de diligências urgentes;
- 4º) as partes ofertam quesitos;
- 5º) o(s) perito(s) se manifesta(m) em até quarenta e cinco dias, prorrogáveis a critério do juiz. Com a nova redação imprimida ao art. 159 do CPP (Lei n. 11.690/2008), se o perito é oficial, atuará sozinho. Já os peritos nomeados pelo magistrado, na falta de perito oficial, são em número de dois;
- 6º) os autos, que corriam em apartado, são apensados aos principais.

4. Recurso

A decisão que determina a instauração do incidente é irrecorrível. Todavia, é possível o ajuizamento de mandado de segurança como sucedâneo recursal. Já no que concerne à decisão que rejeita o incidente de insanidade, cabível é a impetração de *habeas corpus* contra ela. Salvo ilegalidade manifesta, na qual

seria aventável o mandado de segurança, o agente não pode negar-se a se submeter ao incidente, isto porque o expediente objetiva a detecção da higidez mental que irá refletir na postura a ser assumida em razão da sanção cabível, se pena, ou medida de segurança, não havendo contrariedade ao art. 5º, inc. LXIII, ao asseverar que ninguém pode ser obrigado a autoincriminar-se.

5. Insanidade que se manifesta no cumprimento da pena

Advindo a inimputabilidade na fase da execução da pena, o juízo das execuções poderá valer-se do art. 41 do Código Penal, para determinar o recolhimento do acometido em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou na sua falta, em outro estabelecimento adequado. Neste caso, a expectativa é de que o transtorno seja apenas provisório. Tanto é verdade, que durante a internação o indivíduo continua cumprindo pena e se esta chegar ao seu final, ele deve ser libertado.

Contudo, se estiver seguro de que o transtorno mental do condenado é definitivo, deve agir segundo o art. 183 da Lei de Execuções Penais, que determina que, “quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança”. Neste caso, o tratamento agora passa a ser o das medidas de segurança, que não possuem prazo máximo, perdurando até o agente recobrar a sanidade.

6. Insanidade superveniente

Questão tormentosa é o advento de insanidade mental após o crime, no transcurso do inquérito ou do processo, mas antes do trânsito em julgado da sentença final. Se à época do fato o infrator era imputável, a expectativa é que seja processado para que ao final ocorra a condenação, imprimindo-lhe pena. Se no transcorrer da persecução lhe sobrevém a inimputabilidade, o processo ficará suspenso, aguardando que ele recobre a sanidade, pois só assim poderá defender-se, exercendo plenamente a autodefesa, e só então o processo poderá prosseguir (art. 152, *caput*, CPP). É um caso típico de crise de instância, em que o processo fica paralisado, sem ser extinto.

Se houver a necessidade de produção de provas de natureza urgente, como a oitiva de testemunha que irá viajar, haverá a realização do ato com a presença do

curador, assegurando-se ao réu a possibilidade de reinquiri-las, assim que recobrar a sanidade.

No período da suspensão, a prescrição continuará correndo normalmente. Prevê o § 1º do art. 152, CPP, que, enquanto isso, o magistrado poderia determinar a internação do acusado em manicômio ou estabelecimento congênere. Acreditamos que esta previsão fere a presunção de inocência, afinal, haveria antecipação da medida que só pode ser estabelecida com a sentença definitiva. Havendo periculosidade, nada impede, notadamente quando exista intervenção familiar, que o demandado seja submetido a tratamento psiquiátrico, interditado e até mesmo internado em medida extrapenal. Em sentido contrário, Guilherme Nucci é partidário da constitucionalidade da medida (art. 152, § 1º, CPP), não só como forma de proteção social, mas também do próprio imputado, que sofre das faculdades mentais (NUCCI, 2007, p. 323).

◆ Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. v. 2.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: RT, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008*. In: ASSIS MOURA. Maria Thereza Rocha de (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito*. São Paulo: RT, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 2.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói: Impetus, 2011. v. 1.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOSSIN, Heráclito. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Manole, 2005.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PITOMBO, Cleonice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *Estudos em processo penal*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003b. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003c. v. 3.

UNITED STATES SUPREME COURT – *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* – 251 U.S. 385 (1920) – Justice Holmes – Argued Dec. 12, 1919 – Decided Jan. 26, 1920.