



Da prova no Processo Penal brasileiro: Aspectos doutrinários e jurisprudenciais

Francisco Marques Lima

Promotor de Justiça titular da 1ª Vara do Júri de Fortaleza

Professor da Universidade de Fortaleza - Unifor

Especialista em Direito Processual Penal pela Unifor

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA

1. Introdução

“Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade”. (Malatesta)

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, inciso LV que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Sistematizados ao longo dos seus onze capítulos, o título VII do Código de Processo Penal Brasileiro igualmente trata da prova em matéria processual penal, estabelecendo em seu art. 155 que *“no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova, estabelecidas na lei civil”*.

Como fonte direta e mediata, ainda, o Código Civil Brasileiro prevê que *“salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia”*. (art. 212, Título V Da Prova).

À sua gestão, o Código de Processo Civil Brasileiro em seu capítulo VI (Das Provas), determina que *“todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”*. (art. 332).

Não é objeto do trabalho esgotar a prova em matéria processual penal, mas, tendo como ponto de partida as linhas gerais que encerra o tema,

buscaremos distinguir e analisar a *prova no processo penal brasileiro*, dentro do contexto doutrinário e jurisprudencial.

Ultrapassada a discussão legal, destacaremos a importância da prova para o deslinde da causa, demonstrando que a mesma nasce do intelecto, como a *“faculdade cognitiva pela qual as impressões recebidas pelos sentidos se tornam inteligíveis”*.

Essa busca quanto ao mérito nos remete à certeza relativa que orienta o exame da prova no Direito Processual Brasileiro, pois em nenhum caso poderemos afirmá-la como absoluta, além do que no sistema processual pátrio, nenhuma prova guarda hierarquia com outras, e todas têm o mesmo valor probante do fato jurídico que se pretende provar.

Com igual zelo, impõe-se também discorrer sobre os institutos da *verdade real* e da *verdade formal*, no sentido de demonstrar as distorções que propiciam quando aplicadas a um caso concreto. A acepção humana diante do exame da prova produz, como prisma, às vezes, imagens disformes, ricas em cores decompostas, porém enganosas e afastadas da realidade aos olhos de quem as examina, mormente se despidido da necessária acuidade.

Dedicaremos capítulo especial para tratar da prova indiciária no processo penal atinente às decisões emanadas do julgamento pelo júri popular, aplicado aos crimes dolosos contra a vida, focando ali o juízo de íntima convicção a ele peculiar, em contraponto ao livre convencimento inerente ao julgador monocrático.

Cotejando as várias definições doutrinárias acerca do que seja prova em sentido *lato*, buscar-se-á conceituá-la sem contornos, mas, o meio pelo qual se almeja demonstrar a existência de um fato jurídico e as suas circunstâncias, veracidade ou a falsidade do

mesmo, como parte do devido processo legal, postas à disposição do julgador, habilitando-o ao pronunciamento final.

Apesar de o trabalho ter pretensão acadêmica, tornar-se-á importante discorrer, como se disse, sobre a prova em geral e sua previsão legal, com as posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Objetiva-se, portanto, justificar, conceituar e delimitar a atuação da *prova no processo penal brasileiro* para embasamento de sentença penal.

2. Noções preliminares de prova em sentido lato.

a) Conceito

Conceituar prova nos impõe buscar na origem o significado e a evolução histórica do vocábulo, ou seja, valer-nos da etimologia (Do gr. *Etymologia*.) para a sua perfeita compreensão. O termo origina-se do vocábulo latino *probatio*, que significa verificação, ensaio, experiência, com o fim de provar a veracidade de alguma coisa ou fato. Daí motivar o verbo *probare*, que significa reconhecer por experiência a existência de fato ou coisa como verdadeira.

No processo penal, a fim de que o juiz possa declarar o direito, a existência da responsabilidade criminal e daí impor uma pena em face da transgressão da norma penal, necessita convencer-se primeiro da existência do fato, depois de que o réu é o seu autor e, finalmente, que eles ocorreram dessa ou daquela forma. Somente pela prova é que poderá obter a certeza e não apenas a probabilidade que tem sentido de insegurança.

Assim, pode-se classificar a prova em três aspectos fundamentais:

I) como atividade probatória significando o conjunto de atos pelos quais o juiz se serve para a construção de sua convicção sobre a existência ou inexistência de determinados fatos;

II) como resultado da atividade probatória, ou seja, o resultado da análise, do ensaio, da experiência, que serviu de base para a sua convicção; e

III) como meio, ou seja, significando instrumento pelo qual a certeza foi ou será produzida.

b) Objeto e objetivo da prova

Objeto da prova, segundo Mirabete, é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o qual o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Isso diz respeito não só à existência do “fato delinqüência” e sua autoria, como a todas as circunstâncias que possam influir no deslinde da lide criminal.

Podemos então deduzir que a sua finalidade é a de reproduzir a verdade dos fatos investigados no processo, buscando a certeza que deve provir desse exame, demonstrando a forma como efetivamente os mesmos ocorreram no tempo e no espaço.

Tal atividade (*probare*) pode recair sobre um crime (autoria e materialidade) ou sobre qualquer outra circunstância que esteja ligada a ele, como a arma utilizada, os motivos determinantes, a forma como o delito foi perpetrado, as conseqüências do crime, a insanidade mental do infrator, como circunstância que possa influir na imputabilidade e gerar imposição de sanção ou medida de segurança.

Como objetivo, a prova tem o escopo de formar a convicção do juiz que importe na decisão da causa. Para que o magistrado possa julgar com isenção, buscar a certeza e assim promover a justiça, necessita conhecer todos os fatos objetivos e subjetivos que guardem relação com o fato sob exame, residindo, aí, a finalidade, ou o objetivo da prova. Permite que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará incidir o direito ou ainda a adequação desse direito a um fato concreto. Importa que o magistrado detenha todo o conhecimento possível sobre o que vai decidir.

A prova conduzida ao processo pode ser apresentada por qualquer das partes e pelo juiz e pode ser utilizada por qualquer um deles, daí residindo o que se chama de *princípio da comunhão dos meios de prova*.

Como anteriormente citamos, o Código de Processo Penal estabelece em seu artigo 155 que “*no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova, estabelecidas na lei civil*”.

c) Fonte de Prova

Aquilo que origina ou produz; origem e causa, é o significado do vocábulo “fonte”. No processo penal, indica o nascedouro, de onde emana, o que oferece indicações úteis para a busca da certeza, fornecendo indício para um determinado tema.

3. Meios de prova

a) Meios de prova e busca da verdade real

Como visto no intróito deste trabalho, o art. 332 do Código de Processo Civil, ao falar sobre prova estabelece como *“todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”*. Logo, aqui estamos falando de provas admitidas em Direito e que possam ser regularmente demonstradas no devido processo legal, respeitados o contraditório e a ampla defesa como garantias processuais.

É importante ressaltar que o Código de Processo Penal enumera os meios de prova, contudo, propicia abertura para outros meios de prova que possam auxiliar o juiz na sua convicção.

Considerando que vige no ordenamento processual pátrio o princípio da verdade real, é indicativo lógico que não se deve impor barreiras à comprovação de fatos que possam contribuir para se alcançar essa verdade, pois, do contrário, se estaria criando um óbice intransponível, e determinando com limitação anômala o surgimento apenas de uma verdade formal em detrimento da verdade real, essa, como desiderato maior do processo penal.

Faz-se evidente, ao se admitir como válida a produção de prova não taxativamente enumerada no Código de Processo Penal, que a sua obtenção seja lícita, daí por que não vigora em sua inteireza o princípio da liberdade de provas. Por tal razão é que a lei processual penal impõe restrições quanto à prova.

O Código de Processo Penal Brasileiro alinha nos artigos 158 a 250, taxativamente, os meios de provas admitidos em Direito, porém a doutrina e a jurisprudência, como formas explicativas do Direito, entendem que tais meios não devem ser taxativos, pelas razões que já demonstramos, ou seja, não inibindo a busca da verdade real, com reflexos tangíveis sobre o Direito Positivo, como citado no art. 332 do Código Civil, no art. 295 do CPPM e no art. 257 do Projeto n. 1.655/83 do CPP.

É claro que encontraremos adeptos da taxatividade bem como da não-taxatividade, como forma de restringir ou não os meios de provas, contudo, as duas correntes repudiam qualquer meio de prova que venha a atingir a moralidade ou viole respeito à dignidade humana.

Esse veto, por assim dizer, não inibe a tendência majoritária da não-taxatividade, porém não se permite qualquer meio de prova que atente contra a moralidade e a dignidade humanas, como visto, porquanto tais garantias decorrem de princípios constitucionais.

A jurisprudência remansosa assim destaca:

Gravação em fita magnética - STF: “Prova constante de gravação em fita magnética: inoccorrência de ilegalidade”. (HC 69.204-4-SP DJU de 4-9-92 p. 14.092).

STF: “Licitude de prova consistente em gravação de entrevista de indiciados com autoridades policiais, a qual incrimina terceiros. Precedentes do STF: HC 69.818”. (RT 734/627-8).

Gravação clandestina - STF: “1. Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal. 2. As provas produzidas no inquérito em exame gravações clandestinas além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (parágrafo 9º, art. 153, CF), cerceia a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente à garantia do parágrafo 15, do art. 153, da Lei Magna”. (RTJ 122/47).

É importante ressaltar essa liberdade na busca da verdade real, desde a fase de investigação, a chamada instrução provisória, quando se ensaiam os primeiros passos, na origem da prova, assim como, e principalmente, porque presentes o contraditório e a ampla defesa, na instrução criminal propriamente dita. É o que se depreende dos incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX do art. 6º do CPP, com razoável destaque para o que preconiza o inciso III do mesmo dispositivo: *“colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”*. Também pelo que se observa do art. 155 do mesmo diploma legal, já transcrito linhas atrás.

Pelas razões invocadas é que não se admitem as provas conseguidas por meio de tortura, porque preterem norma contida no art. 5º inciso III da Constituição Federal que garante que *“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”*.

Também não se admite a prova conseguida de forma clandestina, aí se alinhando aquelas derivadas da escuta telefônica não autorizada com quebra do sigilo e gravações das conversações telefônicas: *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*; (Inciso XII, art. 5º da CF).

Como é cediço, a Carta Maior do País garante a inviolabilidade da vida íntima do cidadão: *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a*

imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Com a mesma força, igualmente, não se admitem na legislação pátria as provas conseguidas através de hipnose, narcoanálise, soro da verdade, procedimento extremos que obrigam, *contra legis*, a que o indivíduo produza prova contra si próprio, o que representa violação frontal de uma das garantias constitucionais do direito de defesa. Diz-se violência indireta todo o ato que obriga alguém a declarar contra si mesmo.

Considerando que a Carta Magna veta a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a verdade real não pode ser buscada por via ilegal. A verdade real *“non es un valor absoluto sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos Del Estado de Derecho”*.

b) Prova emprestada

Emprestada é toda a prova que foi colhida em um determinado processo e trasladada para outro, que pode traduzir-se em uma confissão, uma perícia, ou qualquer outro documento, contudo, embora permitida, a sua valoração como prova processual deverá passar pelo crivo do contraditório e da ampla e plena defesa, sob pena de ser considerada como violadora de princípios constitucionais. É impositivo que seja submetida às partes por igual, pois do contrário prevalece a máxima de que *“acta facta in uno iudicio in alio iudicio non fidei faciunt”*. Os atos produzidos em juízo não têm eficácia em outro.

Assim têm se posicionado os tribunais:

“Não vale prova emprestada, quando colhida sem caráter contraditório e sem a participação daquele contra quem deve operar, como é o caso de prova colhida em inquérito policial” (RJTJSP, 99/201; Revista de Processo, 43/289).

Inadmissibilidade de prova emprestada - TJRS: “Prova emprestada. Ausência de contraditório. Inutilidade informativa. Nulidade decretada de ofício. A prova emprestada é incompatível com princípios constitucionais reguladores do processo-crime, haja vista sua produção na ausência do réu, sem contraditório, pois, e que afeta, também, a segurança da ampla defesa. Hábeas negado pelo pedido original e concedido de ofício pelo reconhecimento da nulidade. Ordem concedida”. (RJTJERGS 199/80).

TJSP: “Cerceamento de defesa

Caracterização Prova emprestada Réu que não teve oportunidade de acompanhar a prova, ou sequer foi nomeado Defensor para o ato Princípio do contraditório e da ampla defesa violados Nulidade do processo instrução que deverá ser reaberta com a oitiva das testemunhas da denúncia e demais atos do procedimento Preliminar acolhida. Se o réu participa ativamente na produção do elemento instrutório que se empresta, deixando dessa maneira de exercer seu direito à contrariedade, essa prova terá valor precário ou de simples admnículo”. (JTJ 224/295).

Possibilidade de aceitação de prova emprestada - STF: “Prova Emprestada - Auto de Apreensão de partidas de entorpecentes e laudos periciais emprestados de outros inquéritos policiais Admissibilidade, para comprovarem a existência e o volume de cocaína subtraída de delegacia policial Provas que não são submetidas por lei à produção do contraditório e, na hipótese, jamais poderiam ter sido produzidas com a participação dos acusados, pois atinentes a fatos anteriores ao delito - interpretação dos arts. 6º, II, III e VII, e art. 159 do CPP” (RT 770/500).

A doutrina exige os seguintes pressupostos para que a prova possa ser aceita: a) ter sido produzida em processo entre as mesmas partes; b) ter-se observado, no processo anterior, as formalidades previstas em lei durante a produção da prova; c) identidade do fato probando; d) ter havido o contraditório no processo de origem.

c) Provas ilícitas e sua aceitação em face do sistema processual vigente

Afastada qualquer discussão a respeito da admissibilidade ou não das provas ilícitas, a Constituição Federal promulgada em 1988 deu cifras finais ao assunto: *são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5º, LVI), significando, daí, aquelas obtidas com violação das normas de direito material, bem como as qualificadas como ilegítimas, proibidas, porquanto vetadas pela norma de Direito Processual.

Os tribunais têm, reiteradamente, assim decidido:

Inadmissibilidade de prova obtida por meios ilícitos - TJSP: “Prova criminal Obtenção por meios ilícitos Nulidade absoluta da prova Sentença confirmada Recurso não provido”. (JTJ 224/314).

Prova obtida por meio ilícito - TACRSP: “O réu tem o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, em face da garantia da plenitude da defesa, sendo que a prova clandestina, ilícita, não se

presta à condenação do agente, conforme o art. 50. LVI, da Constituição Federal, somente sendo admissível se autorizada judicialmente”. (RJDTCRIM 18/122-3).

Considerando que a vedação aqui discutida representa uma garantia do cidadão contra o Estado, a doutrina tem se mostrado favorável à sua aceitação, quando esta for benigna ao acusado, muito embora com violação de conversações telefônicas, ainda que fira direito fundamental seu ou de terceiro, em caso de extorsão, por exemplo. É que neste caso ocorreria exclusão de ilicitude, no caso, legítima defesa.

Vejamos o posicionamento jurisprudencial atinente à matéria:

Gravação de conversa por um dos interlocutores - STF: “Prova. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores sem a ciência do outro - Licitude se o outro interlocutor investe criminosamente - Inexistência de violação do direito de privacidade - Voto vencido. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com a sua autorização, sem ciência do outro, quando há investidas criminosas deste último. É inconsistente e fere o senso comum, falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista”(RT 759/507).

STJ: “(...) Penal - Processual - Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores - Prova lícita - Princípio da proporcionalidade - Hábeas Corpus - Recurso. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia se impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito a intimidade. 3. Precedentes do STF; 4. Recurso conhecido mas não provido”(STJ 104/400).

STJ: “(...) Processual. Recurso em Hábeas Corpus. Gravação de conversa realizada por um dos interlocutores. Prova legítima. 1. A jurisprudência desta corte tem firmado o entendimento de que a gravação de conversa por um dos interlocutores não configura interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Recurso Ordinário a que se nega provimento”(RHC 10.534-RJ - DJU de 11-12-2000, p. 218).

Gravação em local público - STF: “É admissível a utilização, como prova, de gravação de

diálogos transcorrida em local público, quando não está em causa a proibição do art. 5º. XII, da CF, principalmente se há nos autos elementos suficientes para embasar condenação”. (RT 743/550).

STF: “Utilização como prova, de gravação de diálogo transcorrido em local público, sem estar em causa a proibição constante do inciso XII do art. 5º. Da Constituição ocorrendo, ademais fora essa gravação elementos probatórios suficientes para fundamentar a condenação. Falta de intimação do advogado, para a defesa preliminar prevista no art. 544 do CPP. Nulidade quando muito relativa e desacompanhada da indispensável demonstração de prejuízo. Pretensão de aplicação retroativa do art. 89 da Lei no. 9.099/95 repelida pelo plenário do Supremo Tribunal”(HC 74.305, seção de 11/12/96).

4. Ônus da prova

Começamos a falar sobre o assunto, invocando o dispositivo legal de que cuida o art 156 do código de ritos, que assim dispõe:

“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o Juiz poderá no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”.

Como visto, a regra é a de que aquele que alegar tem a obrigação de provar. Existe até um dito forense que afirma que “alegar e não provar é não alegar”. É que o *onus probandi* é norteador pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserit*. Em outras palavras, é dever daquele que levanta a tese prová-la.

Não se deve traduzir o vocábulo “ônus” como obrigação, pois a lei não força, não obriga ninguém a provar o que alega, porém, devemos entender como encargo, ou seja, uma faculdade de provar o alegado, antes mesmo do que qualquer das partes envolvidas na lide. Aliás, em caso de não-produção da prova não existe nenhuma sanção pela inércia, mas um grave prejuízo que poderá interferir no deslinde da causa.

Vejamos a definição do conceituado processualista Fernando Capez em sua obra *Curso de Processo Penal*: “Ônus da prova é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos”. (13 ed. p. 308).

Não podemos perder de vista que vige no processo penal brasileiro o princípio da verdade real, logo, assim como preconiza a segunda parte do citado art. 156, o juiz pode suprir a inércia das partes, determinando a realização de diligências, objetivando coletar elementos que orientem o seu convencimento e assim prolatar a sentença.

Reafirme-se que esta atividade deve ser encarada como suplementar; daí os seus limites de atuação.

Devemos observar, finalmente, é que aquele que expuser uma tese deve ter o interesse de provar o que alega e não esperar a iniciativa do julgador, que em muitos casos não virá, por se tratar de uma faculdade do juiz, e, assim, amargar ao final a derrota processual, com sentença contrária ou insuficiente aos seus interesses.

Aliás, sobre o tema, é prudente que o juiz exerça um controle rigoroso de suas ações nesse campo, sob pena de interferir demasiadamente na lide e, assim, demonstrar imparcialidade no julgamento, quer para condenar, quer para absolver.

Os tribunais pátrios assim têm se manifestado sobre o assunto:

Iniciativa do juiz na produção da prova - determinação de ofício pelo juiz - STJ: “O processo penal, ao contrário do civil, não transige com a busca da verdade real. O juiz pode determinar a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução”. (RT 683/361-2).

TACRSP: “A lei processual penal atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução, quer a final, antes de proferir sentença. Assim, não estará, na busca da verdade real, sujeito a preclusões, sendo-lhe vedado apenas exceder os limites do admissível, determinando a realização de diligências sem qualquer vínculo com os fatos e demais provas dos autos”. (RT 626/318).

A fim de se evitar tal situação, espera-se dentro do procedimento penal um Ministério Público forte, aguerrido, não só para dar início à ação penal, mas também para dinamizá-la sob o ponto de vista probante, trazendo aos autos o que de mais importante em matéria de provas conseguiu amealhar, abastecendo o julgador de elementos de convicção e assim viabilizar a verdade real.

Também não se quer um Ministério Público tendencioso e irreal, pois não há de se negar que, na prática, pela credibilidade que encerra, forte peso exerce no desiderato final, mormente diante da fraca ou de nenhuma defesa. Frederico Marques nos ensina que, se temos um Ministério Público adestrado e bem constituído, não se compreende que ele figure como quinta roda do carro, ali permanecendo em posição secundária ou simplesmente decorativa. Os interesses da repressão ao crime ele os encarna não só para movimentar inicialmente a ação penal como ainda para atuar, com energia e dinamismo, durante a

instrução e demais fases do processo (cf. Elementos, cit, v. 2, p. 285).

Outra questão a ser levantada é que, em matéria penal, cumpre ao Estado o ônus da prova em sede de autoria e materialidade. É o Estado quem tem o dever de provar a existência de um fato e o seu autor. Também é seu o dever de provar o elemento subjetivo do tipo, ou seja, se doloso ou se culposos. A nós parece muito claro que, se viges na Constituição Federal o princípio do estado de inocência, é dever da acusação a prova do crime e do seu autor, elementos indispensáveis à propositura da ação penal.

Há situações que merecem destaque, pois ali há uma inversão do ônus da prova, por exemplo, quando o réu argüir umas das situações, causas excludentes de antijuridicidade ou quando manejar extinção da punibilidade, já que, em casos tais, aplica-se a máxima “*actori incumbit probatio et réus in excipiendo fit actor*”.

a) Fatos que independem de provas

A doutrina cataloga alguns fatos que independem de prova: a) *fatos notórios*, classificando como aqueles que envolvem os *evidentes* e os *intuitivos*; têm-se como *notório* um fato que é do conhecimento de todos em uma comunidade, e *intuitivo* na concepção de que decorre da experiência e da lógica. Se disser que o fogo queima, não preciso colocar a minha mão lá para provar o que alego; b) fatos que contêm uma *presunção legal absoluta*; aqui, aqueles que não admitem prova em contrário, por exemplo, quando afirmo que uma pessoa menor de 18 anos é penalmente inimputável. Ainda, os *fatos impossíveis de serem provados*, como é o caso quando afirmo que o réu ao praticar o crime estava invisível; d) *fatos irrelevantes* ou *impertinentes*, traduzem-se naqueles que absolutamente não guardam nenhuma importância no deslinde da causa, como, por exemplo, dizer que o réu gosta de comer muito, ou que prefere esta ou aquela cor de sapatos.

b) Álibi

Falar sobre álibi é sempre muito interessante. “Meio de defesa que o réu apresenta provando a sua presença, no momento do crime ou do delito, em lugar diferente daquele em que este foi cometido”. (Dicionário Da Língua Portuguesa do Aurélio). Expressão que vem do latim *álibi*, que significa “noutro lugar”.

Ora, se o réu afirma que não se encontrava no local onde o delito ocorreu e sim em local diverso, cabe a ele provar o que alega, sendo seu, portanto, o ônus da prova.

A corte mais alta do País e outros tribunais da República tem apresentado decisões incontestáveis:

Ônus da prova: álibi - STF: “II - Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156). III - HC indeferido”. (JSTF 261/241).

TJRS: “Álibi. Prova - A afirmativa de álibi exige a comprovação por quem alega negativa de autoria”. (RJTJERGS 203/224).

TJSC: “Quem afirma um álibi deve comprová-lo sob pena de, não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria”. (JCAT 59/288-9),

TACRSP: “Prova. Álibi. Inexistência de comprovação da escusa oferecida pelo réu, preso em flagrante. Fato que autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação lançada pela justiça pública. (...) Quem oferece álibi e não comprova, autoriza a conclusão adversa contida na denúncia, robustecendo a imputação contra si lançada pela justiça pública. A conclusão ainda se reforça quanto menos se mostre plausível a escusa oferecida pelo réu para a comprometedor situação em que se viu preso em flagrante”. (RT 747/682).

Aliás, a boa doutrina ensina que o álibi é o meio mais propício à fraude. Dos ensinamentos de Hélio Tornaghi, citando L. Romano (ob. Cit, pág. 99), “*L' álibi é sempre un mezzo di prova molto sospetto perché se presta facilmente alle simulazioni preconstituite*”. Tem-se a afirmar que se constitui a chamada prova negativa e é exclusiva da defesa.

c) Discriminação das provas

Discriminar provas não é negar àquele que alega a faculdade de provar, mas apenas considerar como admitida a prova aceita juridicamente no ordenamento legal. A nossa legislação concede especial destaque para o exame de corpo de delito, às perícias em geral (CPP, art. 158), ao interrogatório do réu (CPP, art. 185), à confissão (CPP, art. 197), às declarações do ofendido (CPP, art. 201), às testemunhas (CPP, art. 202), ao reconhecimento de pessoas ou coisas (CPP, art. 226), acareações (CPP, art. 229), documentos (CPP, art. 231), indícios (CPP, art. 239) e, finalmente, a busca e apreensão (CPP, art. 240).

É importante ressaltar que no nosso sistema processual não há hierarquia entre as provas. Assim sendo, toda e qualquer prova no Direito brasileiro é de certeza apenas relativa, comportando contestação. Vige a livre apreciação da prova por parte do juiz. O juiz extrai a sua convicção

livremente de todas as provas produzidas legalmente.

d) Verdade formal e verdade real

Entende-se como verdade formal aquele conjunto de fatos que orientam o magistrado em sua decisão e que foram objeto do processo, independentemente de que, na realidade, representem a verdade ou não dos fatos. Aqui o destaque para o processo civil, onde, num caso concreto, o juiz pode julgar antecipadamente a lide quando os fatos articulados na inicial não forem contestados em tempo hábil; ou seja, verdadeiros ou não os fatos alegados, têm-se como autênticos, em face da inércia da parte adversa (art. 309 e 330, II CPC).

No processo penal isso não ocorre, pois vigora o princípio da verdade real, onde o magistrado, respeitadas as limitações, deve buscar a realidade fática mais próxima da verdade. Por tal razão é que o magistrado não deve se contentar com o que for produzido no processo, quando sentir a necessidade de buscar essa verdade por outros meios, ou seja, determinando diligências, objetivando ratificar ou não o que foi trazido aos autos.

Já que estão em jogo direitos fundamentais da pessoa humana, o princípio da verdade real que norteia o Direito Processual brasileiro objetiva trazer para o juiz um sentimento de busca, e não se contentar simplesmente com o que foi apresentado pelas partes e que se constitui apenas na verdade formal dos autos.

Essa possibilidade é limitada, pois deve-se respeitar vedações legais, já que não se pode construir a verdade real obtida por meios ilícitos, como, por exemplo, a escuta telefônica não autorizada judicialmente.

Há quem diga, na prática, que a verdade real, ou seja, aquela que traduza com fidelidade máxima o que ocorreu, é uma utopia, pois tal se esvai com o tempo e, partes dela, mormente nos crimes de homicídio, são levadas com a vítima para a sepultura, enquanto que as demais, aquelas que deixam vestígios, se esmaecem com o passar do tempo. E que o juiz, na livre apreciação da prova, deve se contentar com o verossímil.

Todo esse contexto reflete sobremaneira na livre apreciação da prova, como se disse, pelo juiz.

e) Apreciação das provas

Após a fase de produção das provas dentro da chamada instrução criminal, que se inicia com o interrogatório do acusado, cumpre ao magistrado

obter das partes as alegações derradeiras, sendo uma faculdade para a defesa o exercício amplo e pleno dessa prerrogativa, para, assim, vencida essa parte, examinar com acuidade o que foi produzido e dar o seu veredicto de admissibilidade da acusação, em casos de crimes dolosos contra a vida, ou de mérito, nos chamados crimes da competência do juiz singular.

Aqui o magistrado deve se despir de qualquer preconceito com relação à causa e deixar prevalecer a imparcialidade. Não deve permitir que a sua decisão seja contaminada por apreciação pessoal e laborar a sua decisão com o máximo de escrúpulo, fruto de análise meticulosa, impeditiva de que labore em erro. É o desiderato maior.

f) Sistema das provas legais

Sistema da íntima convicção ou da prova livre

Queremos aqui destacar que o sistema da íntima convicção ou da prova livre, em nosso Direito, tem aplicação apenas nos julgamentos proferidos pelo Tribunal Popular do Júri, onde os juizes leigos podem assentar sua decisão em fatos ou acontecimentos de que tenham o conhecimento pessoal, até mesmo que esteja fora dos autos. É livre para valorar a prova, sem exteriorizar os critérios que adotou para chegar a essa ou aquela decisão. A lei não o obriga a fazê-lo. Difere do juiz togado, porquanto àquele é defeso sair dos limites do alegado e provado, já que a decisão que proferir deverá ser motivada e fundamentada.

Confirma-se aqui a grande prerrogativa do juiz leigo em orientar-se livremente pelo conjunto de provas que foi exibido por ocasião do julgamento popular. O júri, convicto julga sem dar a sua razão e sem a necessidade de demonstrar onde foi buscar a sua certeza, pois a lei não o obriga a revelar, já que a sua decisão é protegida pelo sigilo das votações.

O que com hábito se revela em juízo de condenação, naqueles casos em que é competente para julgar o juiz monocrático, ou em outras palavras, de que para se exarar uma sentença de condenação impõe-se prova plena e incontestável, torna-se difícil assim imaginar para as decisões emanadas do tribunal do júri, porquanto estas revelam um posicionamento interior do julgador, absolutamente blindada pela não-exigência de motivação da decisão e pelo sigilo do voto.

Com isso, porém, não se atribua divindade às decisões emanadas do júri, pois podem ser alvo de recurso próprio quando forem proferidas manifestamente contrárias à prova dos autos, já que

tais decisões não podem revelar nenhum tipo de preconceito ou distorção diante da prova coletada. Apenas é livre o pensamento para valorar a prova, sem que com isso revele as razões do seu íntimo posicionamento, como se disse.

Sistema do livre convencimento ou da persuasão racional

Como sistema majoritário adotado pelo Direito brasileiro, inclusive previsto na Constituição Federal em seu art. 93, inciso III, permite ao juiz apreciar a prova livremente e decidir a causa de acordo com o seu livre convencimento, exigida fundamentação e motivação.

Não significa que o juiz traga para o contexto dos autos a sua opinião pessoal, abstraindo-se da prova dos autos. A ele, juiz, é defeso expressar as suas impressões particulares, por exemplo, muito menos se servir das convicções inerentes à sua formação religiosa, política etc. Não deve cultivar idéias preconcebidas que influenciem na sua decisão, buscando agir com a máxima imparcialidade no exame da causa. Igualmente, não deve ser racista, não pode de uma forma geral se mostrar revoltado com a onda de violência que assola o País, quando julgar casos rumorosos, e assim por diante. Deve ser livre na apreciação das provas, mas, como se disse, a ele é defeso sair dos limites do alegado e provado. Se o juiz, no entanto, tem conhecimento de algum fato relevante que possa trazer esclarecimento ao caso, pode adotar providências no sentido de carrear aos autos a tal informação.

O livre convencimento lhe impõe balizas naturais que delimitarão o seu raio de atuação, impedindo que julgue sem isenção. Também é verdade que devemos considerar que, assim como qualquer outro ente, o juiz é um ser humano falível, podendo, em certos casos, quando não se sentir habilitado a processar e julgar aquela causa, se afastar do processo, argüindo a própria impossibilidade legal, seja por impedimento, seja por suspeição.

Também devemos fazer alusão neste capítulo ao princípio da comunhão da prova, ou seja, ainda que essa ou aquela prova haja sido produzida por uma das partes, elas não são propriedade sua, passam a pertencer ao processo e, como tal, devem ficar à disposição das partes envolvidas na lide, pois, focadas na busca da verdade real, obrigam-se a respeitar o contraditório e a ampla defesa.

5. Do exame do corpo de delito e das perícias em geral

a) Do corpo de delito e do exame de corpo de delito

Reza o art. 158 do CPP: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Daí se extrai que corpo de delito se revela como o “conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso (O processo criminal brasileiro, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1911, v. 2, p. 7).

A doutrina cuida em estabelecer uma diferença entre corpo de delito e exame de corpo de delito. Os crimes que deixam vestígios materiais necessitam ser averiguados por profissionais especializados e ali, depois de acurado exame, descreverem as suas observações, com o fito de comprovar a existência de um crime. Já o corpo de delito propriamente dito é o crime em si, ou seja, a tipicidade.

Traduz-se também na prova da existência do crime laborada por profissionais especializados. É a prova de que o crime existiu sob o ponto de vista material. Verificando-se os vestígios deixados pela prática de um crime, é possível numa reconstituição descritiva daqueles vestígios se concluir que o crime se deu dessa ou daquela forma. Por tais razões, sobe de relevo a apreciação do exame de corpo de delito na aferição e valoração das provas, embora não se perdendo de vista que nenhuma prova tem valor hierárquico sobre as outras.

Embora na prática se dedique especial destaque à apreciação da prova de corpo de delito, não se pode negar que a mesma também padece do risco da imperfeição e do erro. Lembramos de um caso concreto em que se analisava um laudo cadavérico em que os legistas responsáveis pelo exame atestavam que a vítima houvera padecido vítima de disparo único de arma de fogo, pois ao exame verificava-se em seu corpo, segundo a óptica dos examinadores, orifício de característica ovalar, típico de entrada de projétil desferido a distância. Todavia, como a prova testemunhal não revelava nenhum fato conexo e indicativo da presença de arma de fogo no sítio do crime, a exumação do cadáver possibilitou conclusão diversa, ou seja, de que o orifício produzido, embora com as mesmas características daqueles provocados por balázios, de bordos invertidos, na verdade havia sido provocada por instrumento perfurante, no caso uma caneta esferográfica. Foi óbvia a conclusão, já que o corpo não apresentava orifício de saída, muito menos a bala foi coletada no corpo examinado.

Isso prova que em matéria de processo penal

nenhuma prova tem certeza absoluta, apenas relativa, e como tal deve ser averiguada e valorada.

Delicta facit permanentis, ou seja, há infrações que deixam vestígios e, assim, o exame dos mesmos se reveste de grande importância, já que podem provir deles a certeza da materialidade (laudo cadavérico) e indícios suficientes de autoria (impressões digitais, DNA e outros).

Deriva da própria leitura do dispositivo processual em comento, art. 159 do CPP, a sua necessidade, podendo ser cumprida de forma direta, quando realizada por peritos ou de forma indireta quando ausentes os vestígios, venha a ser suprido pela prova testemunhal (CPP, art. 167).

À ausência de peritos oficiais, a atividade poderá ser exercida por pessoas minimamente habilitadas, sendo-lhe impositivo prestar o compromisso legal de bem desempenhar o *munus*. (parágrafo 2º. Do art. 159 CPP).

Assim é o posicionamento majoritário das cortes do País atinente ao dispositivo contido no referido art. 167:

Prova testemunhal - STF: “O art. 158 do CPP exige exame de corpo de delito direto ou indireto quando a infração deixar vestígios; mas o art. 167 lhe contempera o rigor, dizendo que, quando não for possível o exame de corpo de delito, por haver desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir a falta. Precedentes do STF (RJT 81/110)”.

Prova testemunhal no homicídio - TJAP: “Prova testemunhal substitutiva do exame de corpo de delito. Prova técnica não realizada em caso de homicídio. Suprimento por prova testemunhal. Admissibilidade. Embora se cuidando de crime que deixa vestígios, é possível admitir-se que a ausência do exame de corpo de delito seja suprida por outros meios de prova, inclusive pela testemunhal, máxime quando este deixa estreme de dúvidas a anterior, por sinal confessada, e a materialidade”. (RDJ 8/111).

Pelas mesmas razões ora alinhadas, sobre a questão da não-hierarquia das provas e o livre convencimento do juiz, este não fica adstrito à prova pericial. No Direito pátrio vigora, portanto, o sistema liberatório, o qual proporciona ao juiz a inteira liberdade de não se vincular à prova pericial ao decidir a causa. Todavia quando rejeitar, deverá fazê-lo de maneira fundamentada. Assim têm se posicionado as cortes do País:

Necessidade de rejeição fundamentada - TJSP: “Não há dúvidas de que o julgador não está

adstrito às condições periciais, podendo delas divergir. Contudo, para que tal ocorra, é necessário e imprescindível que motive fundamentadamente a sua divergência, demonstrando o erro, a imprecisão e a incoerência do laudo. Isto porque livre convencimento não significa arbítrio que se leve a prolatar uma sentença em inteiro desacordo com a prova técnica não invalidada por qualquer outro elemento probatório”. (RT 474/292).

TACRSP: “Prova pericial Vinculação do juiz ao laudo Hipótese: (...) Suposto não esteja adstrito ao laudo pericial (art. 182 do Código de Processo Penal), é força que o juiz, em matéria que requeira saber técnico especializado, ceda a primazia aos expertos, sem desdouro para os seus cabedais de espírito e ciência jurídica. Apenas quando a conclusão da perícia estiver em contradição com suas premissas ou com os dogmas da ciência é que o juiz deverá trepidar em rejeitá-las; se não, toca-lhe prestigiá-la. Satisfeitos os requisitos legais, cumpre ao juiz declarar extinto o tratamento ambulatorial a que se submeteu o sentenciado (art. 98 do Código Penal), porque ainda os portadores de patologias mentais não decaem nunca da proteção da lei”. (JTACRIM 48/39).

Inexistência de vinculação - STJ: “O magistrado não fica vinculado ao laudo pericial médico apresentado, podendo apreciar livremente o conjunto probatório, na formação de sua convicção”. (RSTJ 65/194).

Falta de motivação do laudo - TACRSP: “O laudo pericial destina-se ao conhecimento do juiz que não é obrigado a aceitá-lo se o mesmo se apresenta carente de motivação”. (RT 556/534).

Há um caso concreto a relatar. Em determinado processo em que se apurava a culpabilidade do agente, a seu favor se levantava o fato de ser surdo-mudo, daí verificada a sua dificuldade em se comunicar com o mundo exterior. Essa condição fez submeter o réu a um exame de sanidade mental, tendo os peritos atestado que o mesmo, ao tempo da ação, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e nem de se determinar com esse entendimento. Em outras palavras. Da apreciação dos peritos, associada à literatura médico-legal, importava reconhecer que pessoas em circunstâncias físicas tais seriam consideradas semi-imputáveis, o que implicaria uma condição especial para a aplicação da pena em caso de condenação.

No julgamento efetivo, os jurados, embora considerando o laudo de semi-imputabilidade, entenderam que na dinâmica do crime o réu desenvolveu raciocínio absolutamente lógico compatível às criaturas normais, desenvolvendo

comportamento orientado no tempo e no espaço e, à unanimidade, o julgaram capaz de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento, rejeitando assim o laudo pericial.

Por tal razão, vige para o magistrado o sistema de não-vinculação a essa ou aquela prova. Pode, por exemplo, desprezar um depoimento de uma testemunha e calcar a sua decisão em outro depoimento que lhes pareça mais verossímil. É o que dispõe o art. 182 do CPP: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

b) Das perícias em geral

Segundo Guilherme de Sousa Nucci, em sua obra *Código de Processo Penal Comentado*, São Paulo, 5 ed. 2006, v. 1, p. 36, “*perícia é o exame de algo ou alguém realizado por técnicos ou especialistas em determinados assuntos, podendo fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao processo penal*”.

O vocábulo perícia origina-se do latim *peritia*, que significa habilidade pessoal e “se constitui meio de prova. Trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional”. (Curso de Processo Penal, São Paulo, 13 ed. 2006, pág. 316).

“Perito é a pessoa que, por sua especial aptidão, realiza perícia, acerca de pessoas, fatos ou coisa” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. Cit, v. 1, p. 335)

Pelas suas próprias características, a perícia tem de ser vislumbrada com certa subjetividade, já que resulta de apreciação humana e pode até mesmo ser alvo de modificações de um perito para outro, daí, como se demonstrará adiante, não vincula o entendimento do magistrado, porém, quando discordar, deverá fazê-lo de forma fundamentada como se observa do art. 182 do CPP.

Alguns doutrinadores querem emprestar à prova pericial maior valoração probatória, pois acham aqueles que somente o juiz poderia rechaçá-la, porém, majoritariamente, este não é o entendimento, já que nenhuma prova no Direito Processual Penal tem valor absoluto.

Do art. 6º. VII do CPP se extrai que, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá “determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias”.

Assim visto, existe uma gama de modalidades para se comprovar o corpo de delito, em algumas vezes a depender da natureza da própria infração, como, por exemplo, nos casos em que se pretenda provar a materialidade em crime de furto qualificado pela violência exercida contra a coisa (CPP, art. 171). Também em casos em que se necessite comprovar destruição ou deterioração de coisas, ou que constituam produto do crime, as quais deverão ser avaliadas (CPP, art. 172). Cumpre-se em outros casos, por exemplo, como para se aferir a intensidade dos danos em crimes de bagatela, com o objetivo se apurar se o agente tem direito à diminuição da pena ou não, em razão do pequeno prejuízo da vítima em casos de furto e estelionato etc. Ainda em casos dos *instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência* (CPP, art. 175).

Vale citar a necessidade de realização de perícia nos casos capitulados no art. 173 do CPP: “No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessem à elucidação do fato”.

Também com destaque o art. 174 do CPP, que demanda sobre a necessidade de realização de perícia ou exame caligráfico, não só para aferir a materialidade e autoria em crime de falsidade documental ou estelionato, mas também para mensurar o grau de prejuízo a influir na dosagem da pena.

É importante frisar que, em se tratando de crimes de *falso*, a não-realização da perícia ou o desaparecimento do corpo de delito afasta a prova da materialidade e impõe sentença de absolvição.

Em outros casos, em crimes contra as relações de consumo, especificamente no que diz respeito ao delito tipificado no art. 7º, da Lei 8.130/90, que trata da matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo. Por último nos casos previstos no art. 170 do CPP, que trata sobre a necessidade de realização de perícias em laboratórios, como, por exemplo, para se verificar a natureza química de determinada substância apreendida.

Também se registre a perícia que tenha por objeto a formação do corpo de delito em crimes de abuso de autoridade, crimes sexuais, crimes de falsidade documental, provas de recentidade de disparos de arma de fogo, danos e outros onde esteja presente violência real. É possível, contudo, permitir-se às partes que se requeira a complementação desses exames, à sua falta, se a lei

assim o exigir, bem como que venham ao processo os peritos para prestar esclarecimentos, garantidos a ampla defesa e o contraditório.

Por oportuno, também se alude o exame de insanidade mental, pois, para a sua realização, devem necessariamente ser garantidos o contraditório e a ampla defesa na formulação dos quesitos aos quais responderam os peritos, para firmar a conclusão.

6. Do interrogatório

É um ato público, sendo garantida a publicidade do ato. Considerado ato personalíssimo em virtude do que somente o acusado pode ser interrogado, não outra pessoa em seu lugar. Tem como característica a judicialidade, quando somente o juiz de direito é competente para fazê-lo. Prima-se pela oralidade, sendo o ato exclusivamente oral e as declarações tomadas a termo.

Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, é o interrogatório um dos atos processuais mais importantes, através do qual o juiz mantém o primeiro contato com aquele a quem se está imputando a autoria de um fato tido como delituoso. Ali, não há de se negar, colhe o magistrado, elementos importantes ao seu convencimento.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º. LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Também o inciso LXIII do mesmo artigo diz que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e de advogado”.

O interrogatório nos dias atuais é visto como meio de defesa e de prova, daí por que a Constituição Federal garante ao réu o direito de permanecer calado sem que o seu silêncio implique prejuízo à sua defesa. Não está o acusado obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Vejamos, dentre outras, uma decisão do Pretório mineiro:

Meio de defesa e meio de prova - TJMG: “O interrogatório judicial é hoje conceituado não só como uma peça de defesa, mas também como meio de prova”. (RT 491/362).

Alguns doutrinadores querem negar a natureza do interrogatório como meio de prova, já que ele, réu, não está obrigado a colaborar com a Justiça, mas

hodiernamente forte corrente o considera, sim, meio de prova, mormente quando a sua versão não é contestada pelas demais provas dos autos.

Outra corrente se apresenta contrária e rejeita o posicionamento de que o interrogatório é meio de prova.

Ainda que se reconheça a oportunidade de manifestação das partes, no sentido de que poderão formular questionamentos ao réu, segundo Tourinho Filho, ainda assim, não se poderia conferir ao ato as características de contraditório.

E prossegue Tourinho Filho: “Se a República Federativa brasileira tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III); se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II); se ninguém poderá ser privado da sua liberdade, sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); se o réu tem o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII); se o juiz, antes de iniciar o interrogatório, é obrigado a informar ao réu do seu direito de permanecer calado e de não responder as perguntas que lhe forem formuladas, tal como dispõe o art. 186 do CPP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei no. 10.792/2003; se não há lei que obrigue o réu a falar a verdade, é indubitoso que o interrogatório (melhor seria denominá-lo *declaração*) é meio de defesa e não de prova”.

Em crimes praticados quando ausentes testemunhas presenciais, o réu deve ser ouvido em juízo sempre que não exista nos autos nenhuma outra prova que o contrarie.

A finalidade precípua do interrogatório é transmitir ao julgador a versão do acusado para os fatos, e propiciar ao juiz uma aferição do caráter, da índole e dos sentimentos do interrogando em relação ao fato praticado.

São características do interrogatório, inicialmente, a sua forma oral; segundo, que somente o juiz poderá realizá-lo e a qualquer momento da instrução poderá ocorrer, daí não sendo preclusivo o ato, até que se opere sentença penal condenatória com trânsito em julgado, e sua ausência para o processo penal constitui nulidade absoluta por cerceamento de defesa. Finalmente, que ninguém poderá ser interrogado em lugar do réu, pois, como visto há pouco, se trata de ato personalíssimo.

a) Faculdade de não responder. O direito constitucional ao silêncio. Direito a não produzir prova contra si.

O art. 186 do Código de Processo Penal Brasileiro, *caput* com nova redação determinada pela Lei no. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, estabelece que “*Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*”.

Direito de permanecer calado - STF

“Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto de cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”. (HC 68.929-9-SP DJU de 28-8-92 p. 13.453).

TJSP: “Não parece correta a afirmação de que a regra contida no art. 5º, LXIII, da CF se destinasse exclusivamente ao interrogatório policial. É verdade que esse inciso está entre aqueles que tratam da prisão efetuada pela autoridade policial em flagrante, disciplinando a conduta a ser tomada por aquela autoridade. No entanto, não há menor dúvida de que também no interrogatório perante o juízo o réu terá direito de permanecer calado, não mais valendo a advertência final inscrita no art. 186 do CPP, no sentido de que o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa. E tanto mais deve ser assim quando se verifica o contido no número LVII do mesmo artigo. Conclui-se com a conjugação desses dois incisos que não mais prevalece aquela advertência final, pois não será lícito ao juiz considerar culpado o réu simplesmente porque permaneceu silente. A acusação é que cumpre produzir a prova de culpabilidade *lato sensu* do acusado”. (JTJ 709/313).

O direito ao silêncio não é absoluto, pois em casos, por exemplo, em que se negue a responder perguntas sobre a sua identificação, implicará a sua recusa na contravenção penal do art. 68. Ainda, quando através de suas declarações praticar crime de denúncia caluniosa, bem assim, quando praticar crime de auto-acusação falsa (CP, art. 341), responderá pelas infrações penais respectivas.

Da mesma forma, não é faculdade do réu comparecer ao ato para se ver interrogar. Em casos em que se negue a comparecer ao ato ou sequer apresente razões que o inibam de fazê-lo, o juiz poderá determinar a sua condução, pois, se é verdade que não está obrigado a falar, já que a Constituição lhe garante o direito ao silêncio, não é verdade que possa ignorar o chamamento do juiz. Também não pode calar diante das indagações sobre a sua identificação, não constituindo tais situações atentado ao princípio em questão. Repita-se, pois, que o juiz determinará a condução coercitiva do réu à sua presença quando, devidamente citado, não comparecer. Terá que expressa e pessoalmente revelar o seu desejo de ficar em silêncio. Nem o seu advogado pode ser mensageiro de sua vontade, por se tratar de um ato personalíssimo.

Anteriormente, o interrogatório se revestia de uma forma mecânica, com perguntas “engessadas”, o que possibilitava ao réu uma preparação voltada a esconder fatos e circunstâncias, entretanto, hoje, o interrogatório é mais flexível para o magistrado, pois poderá elaborar perguntas oportunas e úteis, na busca da verdade real.

Na opinião de Fernando da Costa Tourinho Filho, como dito linhas atrás, o interrogatório é apenas um meio de defesa, pois a Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito ao silêncio. Ainda a nova redação dada ao art. 186 determinada pela Lei no. 10. 792, de 1º, de dezembro de 2003, ratificou aquela prerrogativa.

E mais, garantiu a indispensabilidade do advogado por ocasião do ato, seja ele constituído ou nomeado; antes de ser realizado o interrogatório, o juiz assegurará o direito do réu se entrevistar com o seu patrono em local reservado; e ao réu será informado pelo juiz do seu direito de permanecer calado, como direito fundamental e que o seu silêncio não importará confissão.

Por último, após o juiz concluir com as suas perguntas, facultará às partes, Ministério Público e a Defesa, se assim o desejarem, formular indagações ao réu sobre fatos que não restaram devidamente esclarecidos ou lacunosos.

b) Da confissão - Força probatória

Confissão é o reconhecimento feito pelo próprio réu da sua responsabilidade em face da acusação do Estado.

À primeira vista tem-se a impressão de que, no caso do acusado confessar o crime, nada mais seria necessário fazer para aferir a sua culpabilidade, porém não é bem assim, pois de nenhuma forma se

dispensarão a produção e o exame de outras provas trazidas aos autos.

Já se disse que a confissão era a rainha das provas, pois, se o acusado confessava o próprio delito, que outra prova poderia lhe ser contrária? Em tempos atrás se tinha que a confissão tinha força de coisa julgada.

Diante de outra realidade, não se pode atribuir à confissão absoluto valor probante de culpabilidade, já que a experiência demonstra que, nalgumas vezes, ela é obtida por meios escusos ou aquele que declara o próprio pecado poderá o estar fazendo por motivos que o juízo desconheça. Daí a necessidade do cotejamento de outras provas a serem produzidas quando da instrução criminal.

Vários são os casos, que a prática tem revelado, de réus confessos que somente assumiram a autoria delitiva por outras razões, que não o desejo de contar a verdade.

A literatura conta casos em que uma pessoa assumiu a autoria de um crime mediante a recompensa em dinheiro, porquanto atravessava necessidades com a família. Noutro, um pai assumiu a autoria de um crime praticado pelo filho, porquanto não queria vê-lo atrás das grades. Tantos são os exemplos que demonstram que a confissão não se pode emprestar uma valoração absoluta de prova de culpabilidade.

A confissão tem que representar uma atitude espontânea e por tal razão somente se admitirá a sua realização em juízo, obedecido o princípio da judicialidade, onde se prescreve que somente o juiz é que poderá realizá-lo, dentro do devido processo legal. Há opiniões em contrário valorando muito mais o sentido cognitivo do que mesmo o local onde a mesma foi realizada:

Observemos esses julgados:

Valor da confissão - TACRSP: “A confissão do delito vale não pelo lugar em que é prestada, mas pela força de convencimento que nela se contém (Ver. Trim. Jurisp, vol. 95, pág. 564; Rel. Min. Cordeiro Guerra)”. (RJTACRIM 44/79).

TACRSP: “Prova Confissão extrajudicial Valor Entendimento (...) É necessário ter sempre presente que o valor probante da confissão não advém do local em que foi produzida, mas de sua compatibilidade com as demais evidências”. (RJTACRIM 46/254).

É verdade que a confissão, quando ratificada pelas demais provas dos autos, é uma atenuante para a pena.

Por todas essas razões, lê-se que a confissão não tem valor de prova absoluta, motivo pelo qual estabelece o artigo 197 do Código de Processo Penal que “*o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para outros elementos de provas, e para a sua apreciação o Juiz deverá confrontá-lo com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância*”.

A jurisprudência assim se manifesta:

Valor relativo da confissão - TACRSP: “Estando em jogo interesses privados, o *confiteor* guarda força probante absoluta, mas em matéria penal, frente ao manifesto interesse público, que se mostra evidente na prevalência da regra da verdade material, o valor da confissão desponta sempre relativo, forçando o contraste e confronto com as demais provas”. (RJDTCIM 26/162).

Também não há de se falar no Processo Penal de confissão ficta, como de sorte se aplica ao Código de Processo Civil, onde, diante do silêncio da parte se presumem verdadeiros os fatos articulados na inicial, possibilitando o julgamento antecipado da lide.

No processo penal, como dito, é diferente, e ainda que o réu seja revel, nem por essa razão os fatos alegados contra ele podem ser tachados de verdadeiros. Cabe ao juiz nomear defensor, o qual, respeitados o contraditório e a ampla e plena defesa, poderá, inclusive, comprovar a sua inocência. Ainda mais com o advento da Lei no. 9.271, de 17 de abril de 1996, que alterou substancialmente os artigos 366 e seguintes do Código de Processo Penal, onde prevalece que ninguém será processado ou julgado sem a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, respeitado o devido processo legal.

7. Da prova testemunhal do ofendido e testemunhas

Sobre as circunstâncias do fato, autoria e materialidade, é possível que pessoas hajam assistido ao crime ou deles possam ter tomado conhecimento através de outras pessoas e, nesse caso, se faz necessário coletar os seus depoimentos com o fim de demonstrar a verdade.

O art. 202 do Código de Processo Penal Brasileiro estabelece que “*toda pessoa poderá ser testemunha*”. Há de se ressaltar que nem todas as pessoas estão obrigadas a prestar o compromisso de dizer a verdade, excetuando-se, taxativamente, aquelas a qual a lei se refere.

O dispositivo legal em comento, a princípio, não faz qualquer referência à categoria de pessoas, não exclui os menores, os insanos, enfermos etc.

A busca da verdade real como desiderato final e o sistema do livre convencimento do juiz impõem que se procure alcançar a verdade sobre os fatos que estão contidos no processo. Cabe ao juiz na avaliação da prova, estabelecer o valor probatório dos depoimentos.

Podemos definir como testemunha a pessoa que comparece perante a autoridade judiciária e ali declara o que sabe a respeito dos fatos do processo e suas circunstâncias, trazendo ao juiz elementos que mais tarde irão compor o seu convencimento no julgamento da causa.

Devemos destacar algumas características do depoimento, tais como a *judicialidade*, donde se deduz que somente é considerada prova testemunhal aquela prestada perante a autoridade judicial; a *oralidade*, ou seja, todo o depoimento é prestado de forma oral e reduzido a termo; a *objetividade*, que indica que a testemunha deverá se restringir aos fatos do processo, sendo defeso emitir opiniões pessoais; e a *retrospectividade*, que quer dizer que a testemunha somente fará referências a fatos passados, lhe sendo vedado fazer prognósticos.

Como se disse anteriormente, ainda que a lei a princípio não faça qualquer distinção a respeito de quem poderá ser testemunha, cuida a norma de exonerar algumas pessoas da obrigação de depor.

Art. 206 do CPP: “*A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou o descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias*”.

Falemos dos casos reportados no art. 206, ou seja, aqueles que são, como se disse, exonerados da obrigação de depor. Ora, não seria lícito exigir-se que o filho fosse compelido a prestar seu depoimento e por via de consequência fazer prova contra o pai e vice-versa. Assim também o cônjuge e o irmão, e isso equivaleria para alguns autores, como a vedação legar de fazer prova contra si mesmo, em face dos laços de afinidade que reúnem as pessoas citadas. Daí, tais pessoas, por determinação legal, podem se escusar de depor sem que sofra nenhuma sanção legal.

A seguir o posicionamento jurisprudencial:

Necessidade de fundamentação ou demonstração - TJSP - “Não é possível impor a esposa e filhos a obrigação de prestarem depoimentos em investigações contra marido e pai com base em simples afirmação, destituída de qualquer fundamentação ou demonstração feito pela autoridade policial de que seus depoimentos são indispensáveis à apuração de outros crimes investigados”. (RT 699/310).

Testemunha faltosa: irmão do acusado - TACRSP: “Não age com o propósito de vulnerar o preceito do art.330 do CP, quem, podendo se eximir da obrigação de depor, não se faz presente à audiência. Máxime, quando for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e das suas circunstâncias”. (RJD TACRIM 14/67).

Recusa de dispensa - TJSP: “A testemunha informante, à qual não se defere o compromisso, pode se recusar a depor em razão do vínculo de parentesco próximo com o réu. Não se lhe deferirá, contudo, a recusa, colhendo-se seu depoimento quando inexistir outro comprovante do fato delituoso cometido contra seu próprio filho”. (RT 609/308).

STF: “Nulidade. Ocorrência. Homicídio cometido contra esposa e filha. Indeferimento de inquirição como testemunha de filho menor do acusado. Inadmissibilidade. Cerceamento caracterizado. Dupla versão nos autos sobre o fato ocorrido na intimidade do lar”. (RT 589/461-2)

O art. 207 do mesmo diploma legal cuida daquelas pessoas proibidas de depor. Aqui não é mais a escusa e sim vedação legal:

“São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo, se desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

E mais os casos de impedimento legal, reportados nos artigos 252, II, 258 e 564, I do CPP e 405, parágrafo 2º do CPC. Não podem funcionar como testemunhas o membro do Ministério Público e o juiz que oficiaram na lide, ainda que somente no inquérito.

Esse é o posicionamento dos tribunais:

Membro do Ministério Público - STJ: “É írrito o depoimento do órgão do Ministério Público, que, após ter exercido função própria do *parquet* no inquérito policial, vem a servir como testemunha na fase judicial”. (JSTJ 41/289).

TJSP: “Não pode servir como testemunha na ação penal membro do Ministério Público que funcionou no inquérito policial, componente do mesmo processo, como seu representante, vale dizer, na indiscutível condição de parte. Há incompatibilidade lógica e insanável entre a posição de parte e a de testemunha”. (RT 658/287).

Saliente-se que tais pessoas não ficam impedidas de depor, porém ficam livres para decidir se desejam ou não prestar depoimento, contudo, terão que comparecer ao juízo competente e, de viva voz, argüir o impedimento.

Eis a posição majoritária dos pretórios:

Obrigação de comparecer e depor - STJ: “Resp. Processo Penal. Testemunha. Segredo profissional. O profissional tem o direito de não depor relativamente a fatos relativos a segredo profissional. Cumpra-lhe, porém, atender à intimação e em juízo, declinar o pormenor”. (Resp 93.238-SC - DJU de 9-2-98, p. 47).

STJ: “Não pode o advogado negar-se a comparecer e a depor como testemunha, em inquérito policial perante a autoridade que expede a intimação, impondo-se-lhe, todavia, o dever de recusar-se a responder às perguntas relativas a pormenores próprios do segredo profissional”. (RHC 3.946-DF-DJU de 1-7-96).

São impedidas de depor, na forma do art. 207, as pessoas que exerçam ofício ou ministério e em razão disso tenham que guardar o segredo. São os casos dos médicos e dos ministros religiosos, salvo se a parte interessada lhes abolir o dever do segredo. Vê-se que não se trata apenas de uma questão ética, mas, sim, legal.

Também citadas aquelas previstas em lei, e em regulamento que criam normas ao exercício da atividade, prescritas por normas consuetudinárias, aquelas indicadas pela própria natureza da atividade, no caso, sacerdotes, freiras etc. No caso, quando a lei se refere à *função*, podemos tomar como exemplo aquelas pessoas que por decisão judicial estão impedidas de depor, como, por exemplo, tutor, curador etc.

É importante ressaltar que a violação de segredo constitui ilícito penal (arts. 154, 325, 326 etc).

A Constituição Federal dá proteção ao sigilo da fonte quando ligada ao exercício profissional de informação, ao estabelecer que “*é assegurado a todos o acesso a informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”. (CF, art. 5º XIV).

Assim também os parlamentares, na forma prevista na lei maior: *“Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”* (art. 53 CF).

Nesse rol, também os advogados, os quais não estão obrigados a depor como testemunhas, podem recusar-se a depor, quando funcionaram ou vão funcionar, ou que de alguma forma estejam ligados a pessoas de quem sejam ou foram advogados, bem como sobre fatos que se constituam sigilo profissional (art. 7º, XIX, da Lei no 8.906, de 4-7-1994 Estatuto da OAB).

Vejamos o entendimento jurisprudencial:

Sigilo profissional do advogado - STF - “Pode e deve o advogado recusar-se a comparecer e a depor como testemunha, em investigação relacionada com alegada falsidade de documentos, provenientes de seu constituinte, que juntou em autos judiciais”. (RT 531/401).

TRF da 2ª. Região: “Advogado, causídico que se recusa a depor em processo no qual atuou como patrono. Admissibilidade, ainda que tenha renunciado à causa e que a solicitação tenha partido de seu constituinte. Direito de negar-se a revelar sigilo profissional. Inteligência do art. 207 do CPP e do inciso XIX do art. 7º da Lei no 8.906/94. (...) Pode o advogado recusar-se a depor em processo no qual funcionou ou deve funcionar, ainda que autorizado ou solicitado por seu constituinte, porquanto é seu direito negar-se a informar o que constitui sigilo profissional. Inteligência dos arts. 207 do CPP e 7º XIX da Lei no. 8.906/94”. (RT 762/735).

Ressalva-se também o fato de que o co-réu não pode ser testemunha de outro acusado no processo; o que se aferirá serão os interrogatórios prestados em juízo para valoração da prova. Aliás, a Carta Maior do País garante ao réu o direito ao silêncio, logo não poderia figurar como testemunha e ser obrigado a declarar a verdade: *“o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”* (art. 5º LXIII, CF).

“Também não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”. (CPP, art. 208).

a) Valor probatório

Façamos a experiência. Coloquemos várias pessoas a olhar na mesma direção, pelo mesmo

espaço de tempo e raio de visão, a observar uma determinada paisagem. Depois peçamos que cada um, isoladamente, nos descreva o que viu e o resultado é fantástico. A experiência é rica. Ao final, cada um dos observadores descreverá a mesma paisagem de forma absolutamente diversa, e em alguns casos até acrescentarão coisas inexistentes ou excluirão outras, aumentarão ou diminuirão a dimensão das coisas, a forma etc. Quer-se demonstrar é que o testemunho é suscetível a erros e equívocos, por vezes muito importantes na aferição da verdade real.

Ocorrem freqüentemente erros de percepção de cores, de tempo e distância e até mesmo de sons. É comum uma testemunha assegurar que ouviu três estampidos, quando na verdade somente dois foram disparados.

Ora, estamos falando apenas em casos em que não há predisposição da testemunha em mentir e que, apenas por defeito de percepção, distorceu a realidade.

Imaginemos o caso em que a testemunha está predestinada a faltar com a verdade, quer por interesse próprio, quer para proteger o réu, ou estimulada por interesses de natureza pessoais, tais como sentimentos de amor, ódio, amizade, inveja etc. Aí fica tudo muito difícil.

Já se disse, e aí não vai nenhum preconceito, que a “testemunha é a prostituta das provas”, pois às vezes se apresenta em juízo a adotar comportamentos escusos, dificultando cada vez mais a busca da verdade real.

Mesmo nos casos de boa-fé, ainda que não exista qualquer fator estranho a interferir, vários são os registros de erros. É que há uma diferença muito grande em se observar um fato comum e depois relatá-lo e entre assistir à prática de um crime, quando a emoção invade a natureza humana, influenciando negativamente os sentidos.

Mesmo diante de todos esses registros, não se pode negar a importância da prova testemunhal e compete ao juiz, ao coletá-la, o fazer com técnica e inteligência, procurando obter a maior fidelidade possível ao relato, e detectando, quando for o caso, a sua infidelidade, pois se sabe que a testemunha está ali para colaborar igualmente na busca da verdade real e comete crime quem assim procede.

8. Reconhecimento, acareação e documentos

O Código de Processo Penal, em seu artigo 226, trata do reconhecimento de pessoas e coisas. Observa a providência que poderá ser deflagrada

durante o inquérito policial ou na ação judicial, quando os fatos demonstrarem a sua necessidade.

A lei exige algumas formalidades sem as quais o procedimento é passível de nulidade, porém a doutrina e a jurisprudência têm condescendido com possíveis irregularidades, inclusive aquelas ocorridas durante o inquérito policial, as quais não contaminam a ação penal.

A medida de que trata o art. 226 do código de ritos advém da necessidade de que, em alguns casos, se faça necessário que pessoas sejam submetidas a reconhecimento por parte de testemunhas, ofendido etc, verificando-se, substancialmente, se os traços físicos daquele contra o qual se vai fazer o reconhecimento corresponde a uma descrição do reconhecedor.

É possível que aquele que foi notificado a reconhecer uma pessoa possa sofrer, de alguma forma, coação, constrangimento ou influência, daí por que é importante que a autoridade que vai conduzir o ato esteja atenta e procure evitar que a pessoa a ser reconhecida possa ver o reconhecedor.

Assim como as demais provas, seu valor probante é relativo e dependerá sempre da observância das formalidades legais emprestadas ao ato, muito embora, como dito, o não-cumprimento do rito estabelecido na lei tem sido relegado a segundo plano, mormente quando a irregularidade se dá na fase policial e que o ato é reprisado em juízo.

Posicionamento jurisprudencial:

Valor probatório - TACRSP: “É de grande valia e suficiente para a condenação o reconhecimento pessoal feito pela vítima do crime de roubo, se nenhuma irregularidade se prova em relação a esse ato”. (RJDTCRIM 30/272).

TACRSP: “O reconhecimento pessoal feito na polícia tem grande valor, sobrepondo-se às dúvidas que os reconhecedores apresentam diante de um reconhecimento judicial, realizado anos mais tarde, mesmo porque, à época do inquérito, as imagens do evento estão mais frescas na mente do reconhecedor”. (RJDTCRIM 9/138).

Há casos, por exemplo, em que uma testemunha de um crime diz em seu depoimento haver visto o criminoso e que, uma vez colocado diante de si, é capaz de identificá-lo. A autoridade que vai conduzir o ato deve inicialmente solicitar que o reconhecedor descreva com minúcias as características físicas da pessoa a ser reconhecida, para só então submetê-la ao reconhecimento.

Quando ocorrente no inquérito policial, a lei

não exige a sua ratificação em juízo para que seja considerado meio de prova, tal acontecendo apenas em caso de dúvida, quer por parte do reconhecedor, quer por deficiência do ato inquisitorial.

Cumpra observar que, diferentemente do que ocorre na fase policial, quando se deve observar que a pessoa que vai fazer o reconhecimento não seja vista por aquela que vai ser reconhecida, em juízo, a fim de garantir a publicidade dos atos, tal procedimento não ocorre. Reconhecedor e a pessoa a ser reconhecida serão colocados frente a frente, e as partes não poderão de nenhuma forma intervir, apenas fiscalizar a regularidade do ato.

A doutrina e a jurisprudência, como formas explicativas do Direito, também têm admitido o reconhecimento por fotografia, principalmente diante da impossibilidade do reconhecimento pessoal, porém há decisões em contrário; contudo, aqui se quer registrar é que, assim como qualquer meio de prova, o seu valor é relativo.

Posicionamento jurisprudencial:

Reconhecimento fotográfico válido como prova - TACRSP: “No campo processual penal o reconhecimento pessoal ou fotográfico por parte da vítima de crime assume inegável valor probante, somente podendo ser desconsiderado quando presente alguma circunstância que torne suspeita a identificação”. (RJDTCRIM 20/146)

TAPR: “O reconhecimento fotográfico, desde que preenchidos os requisitos legais, serve como meio idôneo de prova para lastrear édito condenatório”. (RT 730/615)

O art. 227 do código de ritos traz ainda o reconhecimento de coisas e, para tal, devem-se observar os mesmos critérios exigidos para o reconhecimento de pessoas de que trata o art. 226 do mesmo diploma legal. Com maior rigor, porém, se exige prévia descrição da coisa, que deve ser reduzida a termo e a colocação do objeto a ser reconhecido entre outros semelhantes, para ao final se lavrar o competente auto de reconhecimento. No caso de serem vários os identificadores, as providências devem ser adotadas no sentido de que o ato seja realizado em separado, a fim de que um não influencie os outros.

Dispõe o art. 229 sobre a **acareação**, que consiste em colocar uma pessoa em presença da outra, face a face, quando estas apresentarem declarações divergentes.

“A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre

as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstância relevantes”. (art. 229, CPP).

Como visto, pela transcrição do dispositivo processual, não é qualquer divergência que recomenda a realização da acareação, e sim, só terá lugar quando a divergência recair sobre fatos ou circunstâncias relevantes, podendo ser requerido pelas partes ou determinada de ofício pela autoridade.

Embora muito tenha se escrito que a acareação é uma faculdade do juiz, alguns julgados têm entendido como imprescindível para melhor lastrear o convencimento do julgador, quando tais divergências ocorrerem. Há casos, inclusive, em que se reconheceu cerceamento aos trabalhos da acusação quando negada em plenário do Júri, isso após inequívocas divergências ocorridas entre réu e testemunha em seus depoimentos.

Embora o dispositivo legal preveja a acareação entre acusados, a doutrina e a jurisprudência têm atacado o tema. É que a Constituição Federal garante ao réu o direito de ficar em silêncio e, neste caso, como não tem nenhum compromisso com a verdade, não estaria obrigado a participar do ato.

Vejamos a jurisprudência:

Acareação de co-réus: inadmissibilidade - TACRSP: “Quem não tem compromisso com a verdade, v.g. réus envolvidos na mesma acusação, não se presta para participar de acareação cujo resultado, além de discutível, seria imprestável como prova”. (RJDTACRIM 39/80)

Com relação ao valor probatório, temos que na prática a acareação quase sempre é inócua, pois é comum que os acareados sustentem o que disseram anteriormente. Cabe a juiz, ao realizar a acareação, agir com bastante cautela, pois, em certas ocasiões, com algum tato, consegue obter dos acareados esclarecimentos importantes para o seu convencimento, avaliando quem está ou não faltando com a verdade. Como está inserido no capítulo das provas, porém, o valor probatório é idêntico ao das demais provas admitidas em Direito.

Como seqüência, o Capítulo IX do título VII do código de ritos trata em seu art. 231, “**dos documentos**”: “*Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo*”.

Embora o artigo acima seja bastante claro acerca da oportunidade das partes promoverem a juntada de documentos aos autos, há de se ressaltar

o que determina o art. 406, parágrafo 2º do CPP: “nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo”, isso se referindo ao processo da competência do júri, já que o art. 400 do mesmo diploma legal diz que as “*partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo*”.

Segundo Mirabete, documento é o escrito que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de um ato juridicamente relevante. (Júlio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, Atlas, 11ª. Ed., 2006, p. 612).

Como visto, a lei estabelece requisitos.

a) *Tenha a forma escrita.* É essencial que o documento tenha características gráficas, podendo ali se inserir não só os sinais arábicos, como também os estenográficos, criptográficos etc. Poderão ser apresentados em língua nacional ou estrangeira, manuscritos ou impressos por qualquer meio, mas, de qualquer forma, deve ser inteligível, pois de nada adiantará para a apreciação desse meio de prova se não se conseguir decifrar qual o pensamento nele expresso.

b) *Determinação de autoria.* É óbvio que não se poderá albergar crédito aos escritos apócrifos, cartas anônimas e similares, documentos cuja autenticidade não se comprovou. Em alguns casos, embora o documento não contenha a assinatura, outros meios são viáveis a lhes provar a autenticidade, como acontece com os livros de escrituração mercantil etc. Noutros casos, pelo histórico, pode-se depreender a autenticidade, como é o caso de uma carta de um pai endereçada ao seu filho e, ao final, em vez de subscrever o documento, apenas firma a expressão “do teu pai”.

c) *Conteúdo.* O teor do documento deve representar uma manifestação de vontade de quem o escreveu ou uma exposição de fatos. Uma folha assinada em branco, por exemplo, não é considerado um documento, em razão de nada expressar.

d) *Relevância jurídica.* Aqui o que se espera do documento é que seu conteúdo não seja vazio, que expresse a manifestação de vontade de seu autor. Que seja autêntico, verdadeiro, e que possa constituir meio de prova do fato que afirma.

Havendo dúvidas acerca da autenticidade do documento, a lei garante às partes no processo a realização da competente perícia, a qual, como se disse, se restringirá apenas à grafia e a assinatura. Ainda assim, se expressar dúvida relevante, somente terá lugar quando for contestada a sua autenticidade, definida aqui como a certeza que se deve ter de que o

escrito realmente pertence àquela pessoa de quem se diz ser o autor.

9. Da prova indiciária

Começemos a falar sobre indícios, trazendo ao tablado a definição de Mittermayer: “*O indício é um fato em relação tão precisa com outro fato, que de um o juiz chega ao outro por uma conclusão natural. É preciso, então, haja na causa dois fatos, um verificado e outro não provado, mas que se trata de provar raciocinando do conhecido para o desconhecido; aplicado ao processo criminal o indício é o fato, circunstâncias acessórias que se prende ao fato principal, e que por isso concorre para se chegar à conclusão ou de ter sido cometido o crime, ou de ter nele tomado parte um indivíduo determinado ou de ter sido o crime consumado deste ou daquele modo*” (C.J.J.A. Mittermayer, tratado da prova em matéria criminal, trad. Alberto Antônio Soares, Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1909, p. 361).

Examinemos, por exemplo, um indivíduo que vai caminhando pelo passeio quando encontra ali uma metade de uma maçã. Não é necessário qualquer esforço ou conhecimento intelectual privilegiado ou diferenciado, para se saber que a outra metade que integra o todo é a outra banda de uma maçã.

“*Mutatis mutandis*”, do exemplo dado acima, se conclui que a banda inicialmente encontrada seria para o direito a *circunstância conhecida e provada*, a qual guarda estreita relação com a outra banda ainda não vislumbrada, mas que se chegaria facilmente por indução à certeza de que verdadeiramente o que complementaria o fruto não poderia ser outra coisa, senão o outro pedaço de uma maçã.

Em razão de que no Direito brasileiro se adota o princípio do livre convencimento do juiz, a prova indiciária, ou a chamada prova circunstancial, tem o mesmo valor probante das demais, sendo incorreta a afirmação, por vezes presenciadas nos corredores do fórum, de que este ou aquele caso não têm provas e sim apenas indícios. Ora, se está o indício sistematizado no capítulo das provas, não há o que se discutir acerca da sua natureza processual.

A discussão que se encerra é a de que se os indícios são suficientes ou não para alicerçar sentença condenatória, divergindo a doutrina e a jurisprudência nesse sentido, como veremos adiante. Daí por que não se admite a pergunta: Pode um juiz prolatar decisão de condenação com base em indícios? É óbvio que sim, pois, como demonstrado, a prova indiciária, assim como qualquer outra no processo penal, deve servir de base para a

sustentação de uma sentença condenatória.

O que deve ser avaliado é que o juiz não deve fundamentar a sua decisão apenas à luz dos indícios, mesmo não lhes negando a natureza probatória, já que está contido no rol das provas, mas aproveitá-los, juntamente com as demais provas dos autos, e exarar, sim, *decisum* de condenação.

Há quem entenda ao analisar as características da prova indiciária tratar-se da prova mais enganosa, mais sujeita ao erro, e que na visão do grande magistrado Eliezer Rosa, a prova indiciária é “*a predileta da vida contra os inocentes*”. Entende o ilibado mestre que, por indícios, podemos direcionar sem nenhum limite a nossa imaginação e não deveria o julgador apostar tão-somente nos indícios para condenar ou absolver.

De outro lado, no entanto, há entendimento diverso, ou seja, de que tendo a prova indiciária berço no raciocínio e no intelecto do observador, seria a prova, digamos assim, mais acreditada, mormente se analisada com imparcialidade. Ao final, não há como reconhecer que, assim como as demais provas admitidas em Direito, o seu valor probatório igualmente é relativo, devendo o julgador se servir delas, aliado às outras provas carregadas aos autos, para firmar o seu convencimento.

Necessário é se fazer uma distinção entre **indícios** e **presunções**. “*O indício é o fato indicativo; presunção é o fato indicado. Ex.: todo menor de 18 anos é imaturo (premissa maior); José é menor de 18 anos (fato indicativo). A menoridade é o indício; a imaturidade é a presunção*”. (Djalma Eutímio de Carvalho, Curso de Processo Penal, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1ª edição, 2007, p. 307).

Há quem entenda que somente os indícios veementes e bem concatenados no processo é que serviriam para dar sustentação a um decreto condenatório. Como visto, a discussão em torno do tema é muito rica, ensejando enumerar alguma decisões jurisprudenciais. Senão vejamos:

TRF da 1ª Região: “Os indícios servem como elemento de prova, tendo o mesmo valor da prova direta, pois nem todo o crime se prova diretamente, pois há crimes camuflados. Todavia é necessário que o nexa com o fato a ser provado seja lógico e próximo. É preciso, pois, que o indício gere certeza e permita, de forma contundente, eliminarem-se as hipóteses favoráveis ao acusado. Indícios que deixam dúvidas quanto ao que aconteceu não podem servir de fundamentação para uma sentença condenatória. É de atentar-se que, indício não se confunde com suspeita. E a suspeita, por mais forte que seja, não possibilita a condenação do denunciado”. (TRF Ap. Crim. No

1999.34.00.034492-3/DF 3ª T., Rel. Des. Tourinho Neto, ac. Unân., j. 18.07.2006, **DJU**, 10.08.2006).

Possibilidade de condenação por prova indiciária - TJSP: “Prova. Condenação com base em indícios. Admissibilidade se somada a outras provas apresentam elementos positivos de credibilidade. De acordo com o princípio de livre convicção do juiz, a prova indiciária ou circunstancial tem o mesmo valor das provas diretas, pois mesmo que a prova estritamente extrajudicial não possa embasar condenação, se, somada a outras, apresentar elementos positivos de credibilidade, é o suficiente para dar base a uma decisão condenatória”. (RT 748/599).

TRF da 2ª Região: “A prova fundada em indícios é bastante para a expedição de decreto condenatório, desde que esteja a demonstrar, de forma clara e precisa, a participação do réu na trama criminosa. Ante a inexistência de correlação entre o fato descrito na denúncia e a presença do réu no dia da ocorrência do crime, impõe-se a manutenção da sentença de absolvição”. (RT 754/730).

TJRS: “Indícios. Possibilidade de condenação baseada em prova indiciária, em face da doutrina, jurisprudência e do sistema adotado pelo Código de Processo Penal. Interpretação do art. 239 do Estatuto Processual Penal. Precedentes. Revisão improcedente”. (RJTJERGS 177/57)

TACRSP: “Prova. Indício. Elemento de convicção indireto Condenação Admissibilidade. (...) Em sendo o indivíduo (*sic*) um elemento de convicção indireto, nada mais justo do que o homem, por não ter vivido uma experiência direta, possa se valer de percepções mediatas que somadas, lhe possibilitam deduzir o desconhecido do conhecido através do encadeamento do raciocínio lógico e tranqüilamente neles e basear para proferir édito condenatório”. (RT 744/602).

Outros pretórios têm decidido contrariamente:

TJSP: “Os indícios, por mais veementes que seja, não bastam para alicerçar um juízo condenatório”. (RT 450/380).

TACRSP: “Em caso de crime de roubo, não é suficiente a sustentar um decreto condenatório somente a existência de indícios de que o réu participou do delito, principalmente se este é o único processo em que se envolveu e a sua folha de antecedentes não registra nenhum inquérito sequer, anteriormente”. (RJDTACRIM 40/247).

TACRSP: “Uma condenação criminal, com todos os seus gravames e consequências, só pode

apoiar-se em prova cabal e extrema de dúvidas, sendo que presunções e indícios não os tenham as qualidades de segurança e certeza, não podendo servir de fundamento para tanto”. (RJDTACRIM 40/249).

Evidências contra indícios - TACRSP - “O Direito Penal e o Processo Penal são ramos da dogmática jurídica que mais contato têm com a realidade, sendo assim, em tema probatório deve o julgador se utilizar, para a busca da verdade real, das chamadas regras de experiência e do senso comum, devendo sempre prevalecer as evidências sobre os indícios”. (RJTACRIM 42/212).

Por tais razões, respeitando-se opiniões contrárias, pensamos que os indícios, ou a prova indiciária, são tão válidos como qualquer outro meio de prova admitida em Direito. É interessante que se observe da exposição de motivos ao código de ritos, que afirma inexistir hierarquia de provas, em razão de que o nosso Direito Processual adotou o sistema da livre convicção do juiz, com a ressalva de que os indícios sejam concatenados e fortes.

Outra ressalva que a doutrina apresenta, assim visto na opinião do respeitado processualista Fernando Capez é de que “a prova indiciária somente se mostra capaz de embasar os atos decisórios do juiz toda vez que este estiver diante de uma fase processual em que vigora o princípio do *in dubio pro societate*, por ensejar mero juízo de probabilidade”. (Fernando Capez, Curso de Processo Penal, São Paulo, Ed. Saraiva, 13 ed, 2006, p. 360).

Na visão de Guilherme de Sousa Nucci: “Os indícios são perfeitos, tanto para sustentar a condenação como, quanto para a absolvição. Há autorização legal para a sua utilização e não se pode descurar que há muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja, absolutamente imprescindível ao juiz utilizá-la. Nem tudo se prova diretamente, pois há crimes camuflados”. (Guilherme de Sousa Nucci, Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, 5 ed Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 505).

Muito ainda se poderia discurrir sobre tão palpitante tema, porém julgamos suficientes os enfoques trazidos ao tablado para sua compreensão.

10. Da busca e apreensão

Medida de extrema importância no capítulo das provas é sem dúvidas a busca e apreensão de que cuida o art. 240 do código de ritos. Constitui diligência objetivando a procura de alguma coisa ou

de alguém de interesse para a prova, para que seja apreendida.

O interesse da autoridade, quer policial, quer judiciária, bem como das partes envolvidas no inquérito ou processo, justifica-se na medida em que, quando da ocorrência de um ilícito penal, coisas ou pessoas podem ser apreendidas.

Reza o art. 240 que a “busca será domiciliar ou pessoal”, reservando-se a busca domiciliar para:

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

Em caso de busca pessoal, o código reserva no parágrafo segundo do mesmo artigo os fundamentos para a deflagração da medida. São eles: quando houver fundadas suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* acima.

Como se observa, a busca e apreensão é medida cautelar, pois visa a garantir ao feito providências que podem ser adotadas, objetivando que não desapareçam os vestígios materiais do crime e assim pereça a prova. Já no inquérito policial, a medida já é tratada no art. 6º, II do CPP, onde alude que cabe à autoridade promover a apreensão de instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o delito.

Da busca e apreensão domiciliar:

A Lei Processual estabelece o que pode ser objeto da busca domiciliar, quando se tratar da prisão de criminosos, bem como para apreender objetos ou coisas que se sabe ser produto de crime, apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, armas,

munições, instrumentos utilizados na prática criminosa ou destinados a fim criminoso etc. Vale ressaltar que a busca domiciliar somente pode ser realizada com autorização judicial e deverá sempre ser precedida da expedição do respectivo mandado.

A lei também exige que no mandado que determinar a busca domiciliar conste a *indicação precisa da casa em que será realizada a diligência e do nome do respectivo proprietário ou morador*.

Há casos em que o mandado poderá ser dispensado, quando o próprio juiz conduzir a busca e apreensão. Ainda também poderá o mandado ser dispensado quando se tratar de desastre ou flagrante delito. A lei ainda ressalva a desnecessidade de mandado para as buscas e apreensões promovidas em estabelecimentos comerciais ou industriais, desde que estejam abertos ao público.

A noção de domicílio é o local onde a pessoa reside, viva ou trabalhe e exerça a sua atividade a qualquer título.

Da busca e apreensão pessoal:

Enquanto a busca e apreensão domiciliar somente podem ocorrer mediante mandado específico, a “pessoal” pode ser realizada sem mandado, nos casos de que trata o art. 244 do código de ritos, ou seja, *“no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso da busca domiciliar”*.

Também é importante ressaltar que a busca domiciliar exige critérios mais rígidos para sua deflagração. Enquanto para esta se exige “fundadas razões” para a sua efetivação, a busca e apreensão pessoal, exigem “fundadas suspeitas”, como se depreende do parágrafo 2º do art. 240 do CPP.

a) Oportunidade

A busca e apreensão de naturezas cautelares podem ser deflagradas antes da instauração do inquérito policial, quando da instrução provisória, ou seja, quando o inquérito já houver sido instaurado, no curso da instrução criminal propriamente dita ou até mesmo na fase de execução, com o objetivo de prender o acusado.

A doutrina repassa a idéia de que a busca e apreensão que ocorrem antes de instaurado o inquérito estão contidas no art. 6º, inciso II do Código de Processo Penal que assim estabelece: “logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, depois de liberados pelos peritos criminais”.

b) Iniciativa

As buscas e apreensões devem ser deflagradas de ofício, ou seja, por iniciativa da própria autoridade, seja ela judiciária ou policial, ou, por outra, atendendo requerimento das partes, segundo preceitua o art. 242 do código de ritos.

Vale ressaltar que a autoridade deve ter o maior cuidado em aferir a real necessidade da deflagração da medida, pois a busca e apreensão, comprovadamente vazias de motivação, podem a vir se constituir crime de abuso de autoridade. Há de se comprovar para a expedição da respectiva ordem fundadas razões para a diligência, ou seja, indícios razoáveis de que está ocorrendo ou ocorreu um delito, bem como a necessidade da busca e apreensão para a prova.

11. Conclusão

A *prova no Direito Processual Brasileiro*, de caráter subjetivo, constitui elemento essencial ao convencimento do julgador para laborar decisão criminal. É por meio dela que se espera chegar à verdade real, e do esforço conjugado dos que operam com o Direito dependerá a boa ou má decisão.

Há necessidade de um Ministério Público eficiente, pois, como parte processual, e representando os interesses da sociedade, dele muito se espera. O promotor de Justiça não pode apenas exercer no processo penal o *munus* de fiscal da lei. Mais que isso, deve incorporar a difícil tarefa de defender a sociedade, pautando-se pela sobriedade e equilíbrio, mas deve ser aguerrido e forte, intransigente com a causa, mas, sobretudo, humano, para também compreender as mazelas do mundo.

Do juiz, esperam-se a maturidade, a competência e a imparcialidade na apreciação da prova, para que distribua a justiça com o equilíbrio de um sábio, patrocinando a prestação jurisdicional para que se alcance a paz social.

Discorrer sobre a prova nos possibilitou alargar conhecimentos, o que esperamos ocorra com todos aqueles que tiverem acesso a esta pesquisa.

Bibliografia

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed ver. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª edição Revista, atualizada e ampliada - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª. Edição. Revista e atualizada São Paulo: Atlas, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8ª. Edição. São Paulo. Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27ª. Edição. Revista e atualizada. São Paulo. Saraiva, 2005.

CARVALHO, Djalma Eutímio de Carvalho. **Curso de Processo Penal**. 1ª. Edição. Rio de Janeiro. FORENSE, 2007.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1999. Vários autores.