

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Vinicius Borges Meschick da Silva

**PERSPECTIVAS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO USO DA
PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL EM BENEFÍCIO DO RÉU**

Belo Horizonte

2022

Vinicius Borges Meschick da Silva

**PERSPECTIVAS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO USO DA
PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL EM BENEFÍCIO DO RÉU**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania.

Linha de Pesquisa: Teoria do Direito e da Justiça.

Orientador: Professor Doutor Cláudio Roberto Bezerra Cintra Brandão.

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586p Silva, Vinicius Borges Meschick da
Perspectivas da proporcionalidade e da razoabilidade no uso da prova ilícita no processo penal em benefício do réu / Vinicius Borges Meschick da Silva. Belo Horizonte, 2022.
102 f.

Orientador: Cláudio Roberto Bezerra Cintra Brandão
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Constituição (1988). 2. Brasil. Código de processo penal (1941). 3. Prova ilícita - Aspectos constitucionais - Brasil. 4. Processo penal - Brasil. 5. Princípio da dignidade da pessoa humana. 6. Princípio da proporcionalidade. 7. Princípio da razoabilidade. I. Brandão, Cláudio Roberto Bezerra Cintra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.14

Vinícius Borges Meschick da Silva

**PERSPECTIVAS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO USO DA
PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL EM BENEFÍCIO DO RÉU**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Prof. Dr. Cláudio Roberto Bezerra Cintra Brandão – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Thiago Miranda Minagé – Convidado (Banca Examinadora)

15 de dezembro de 2022.

A Deus, a meus pais e a minha esposa.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Francisca, fonte de força, garra e sabedoria. “Se o caminho se fizer resistente, faça com resistência esse caminho”.

Ao meu pai, César, que sempre esteve presente.

À minha esposa, Dalila, por toda a paciência, compreensão, carinho e amor sempre dispensados.

Agradeço também aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, em especial o Professor Doutor Cláudio Brandão, pelas aulas, pela orientação e pelo apoio nesta caminhada.

Não pode alcançar os astros
Quem leva a vida de rastros
Quem é poeira do chão...
("Poeira Do Chão" - Dalva de
Oliveira)

RESUMO

Serão investigados durante a realização desta pesquisa os aspectos acerca do constitucionalismo moderno, dos direitos fundamentais no processo penal, da prova e do uso da prova no processo penal, da prova ilícita e da vedação constitucional no uso da prova ilícita no processo penal, da proporcionalidade e da razoabilidade na flexibilização da vedação constitucional do uso da prova ilícita no processo penal, do conflito entre direitos fundamentais, e de julgados dos tribunais superiores utilizando-se da proporcionalidade e da razoabilidade na flexibilização da vedação constitucional do uso da prova ilícita no processo penal. O objetivo geral é trabalhar a dimensão das perspectivas da proporcionalidade e da razoabilidade no que tange à utilização das provas ilícitas, sobretudo, na utilização destas em conflitos com outros direitos fundamentais, v.g., liberdade. Os objetivos específicos se pautam na reflexão e conscientização de que o conflito entre direitos fundamentais carece de deliberação e uso correto de proporcionalidade e razoabilidade. Também, importante aprimorar o conhecimento advindo da lei constitucional e infraconstitucional, bem como a análise da aplicação destas ao caso em concreto pelos tribunais superiores. A justificativa desse projeto se pauta na busca pelos princípios e teorias da proporcionalidade e da razoabilidade e como estas podem mitigar a vedação constitucional da utilização das provas ilícitas; apresentando, para tanto, uma perspectiva acerca do constitucionalismo moderno, dos direitos fundamentais, e das provas. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão intrinsecamente conectados com a teoria do direito e da justiça. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência que informa os conceitos de ordem dogmática. É fato que a Constituição possui a função de limitar o poder estatal, afinal, tal limitação se traduz, principalmente, do pós-guerra. A dignidade da pessoa humana, bem como a centralidade da Constituição e dos direitos fundamentais advém da preocupação pós experiências desumanas durante o nazismo. Em análise literal da Constituição há a vedação do uso da prova ilícita, ocorre que tal vedação não pode ser entendida de maneira taxativa e sem exceções. O uso da prova ilícita em benefício do réu, por meio da proporcionalidade e da razoabilidade, é viável e exalta a relevância da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Constituição. Proporcionalidade. Razoabilidade. Prova ilícita.

ABSTRACT

During this research, aspects about modern constitutionalism, fundamental rights in criminal proceedings, evidence and the use of evidence in criminal proceedings, illicit evidence and the constitutional prohibition on the use of illicit evidence in criminal proceedings, proportionality will be investigated. and the reasonableness in easing the constitutional prohibition of the use of illegal evidence in criminal proceedings, the conflict between fundamental rights, and judgments of the higher courts using proportionality and reasonableness in the relaxation of the constitutional prohibition of the use of illegal evidence in criminal proceedings . The general objective is to work on the dimension of the perspectives of proportionality and reasonableness regarding the use of illicit evidence, especially in the use of these in conflicts with other fundamental rights, e.g., freedom. The specific objectives are based on reflection and awareness that the conflict between fundamental rights lacks deliberation and the correct use of proportionality and reasonableness. Also, it is important to improve the knowledge arising from the constitutional and infraconstitutional law, as well as the analysis of their application to the specific case by the higher courts. The justification of this project is based on the search for the principles and theories of proportionality and reasonableness and how these can mitigate the constitutional prohibition of the use of illicit evidence; presenting, therefore, a perspective on modern constitutionalism, fundamental rights, and evidence. The principles of proportionality and reasonableness are intrinsically connected with the theory of law and justice. The research is theoretical-bibliographic in nature, following the descriptive-analytical method that guided the analysis of legislation, doctrine and jurisprudence that informs dogmatic concepts. It is a fact that the Constitution has the function of limiting state power, after all, such a limitation is mainly reflected in the post-war period. The dignity of the human person, as well as the centrality of the Constitution and fundamental rights, comes from the concern after inhuman experiences during Nazism. In a literal analysis of the Constitution, there is a ban on the use of illegal evidence, it happens that such a ban cannot be understood exhaustively and without exceptions. The use of illicit evidence for the benefit of the defendant, through proportionality and reasonableness, is feasible and exalts the relevance of the dignity of the human person.

Keywords: Constitution. Proportionality. reasonableness. Illegal evidence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag	Agravo
AgRg	Agravo Regimental
art.	artigo
arts.	artigos
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal de 1940
CPB	Código Penal Brasileiro de 1940
CPP	Código de Processo Penal
CPC	Código de Processo Civil
Des.	Desembargador(a)
DJe	Diário Judicial Eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
Eg.	Egrégio / Egrégia
etc.	et cetera.
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min.	Ministro(a)
MP	Ministério Público
n.	número
nº	número
p.	página
§	parágrafo
Rel.	Relator(a)
REsp	Recurso Especial

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

v.g. *verbi gratia*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PROVAS NO PROCESSO PENAL	16
2.1 Fonte de Prova	19
2.2 Meios de Prova	19
2.3 Meios de Obtenção de Prova	20
2.4 Prova Atípica	20
2.5 Prova Anômala	21
2.6 Prova Alienígena	21
2.7 Prova Irritual	22
2.8 Princípios Probatórios	22
2.8.1 Princípio da Aquisição ou da Comunhão da Prova	22
2.8.2 Princípio da Autorresponsabilidade das Partes	23
2.8.3 Princípio da Oralidade.....	23
2.8.3.1 Princípio da Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias	24
2.8.3.2 Princípio da Imediação	25
2.8.3.3 Princípio da Concentração dos Atos Processuais	25
2.8.3.4 Princípio da Identidade Física do Juiz	25
2.8.4 Princípio da Verdade Real.....	26
2.8.5 Princípio da Liberdade Probatória.....	27
2.8.6 Princípio da Presunção de Inocência.....	27
2.8.7 Princípio da Audiência Contraditória	30
2.9 Ônus da Prova.....	31
2.9.1 Modalidades de Ônus da Prova.....	31

2.10 Poderes Instrutórios do Juiz.....	33
2.11 Prova Emprestada	35
2.12 Sistemas de Apreciação da Prova	37
2.13 Interrogatório	39
2.13.1 Características do Interrogatório	40
2.13.2 Momento do Interrogatório	40
2.13.3 Direitos do Réu no Interrogatório.....	43
2.13.4 Interrogatório por Precatória.....	43
2.13.5 Local do Interrogatório.....	44
2.13.5.1 Réu Solto.....	44
2.13.5.2 Réu Preso.....	44
2.13.6 Interrogatório por Videoconferência.....	44
2.13.7 Procedimento do Interrogatório	45
2.13.8 Condução Coercitiva	47
2.14 Confissão	49
2.14.1 Conceito de Confissão	49
2.14.2 Espécies de Confissão	49
2.14.3 Características da Confissão	50
2.14.4 Confissão Ficta.....	52
2.14.5 Confissão Delatória ou Chamada de Corréu	52
2.15 Perícias.....	52
2.15.1 Cadeia de Custódia.....	57
2.16 Prova Testemunhal.....	58
2.16.1 Conceito	58
2.16.2 Classificação	59

2.16.3 Características	62
2.16.4 Deveres da Testemunha	62
2.16.5 Informantes	64
2.16.6 Contradita	65
2.16.7 Intimação.....	65
2.16.8 Sistema de Inquirição.....	66
2.17 Prova Documental	66
2.18 Reconhecimento de Coisa e de Pessoas.....	66
2.19 Acareação	66
2.20 Ofendido	67
3 A PROVA ILÍCITA	69
4 O USO DA PROVA ILÍCITA EM MALÉFICO DO RÉU	78
5 O USO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU.....	81
6 A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE.....	84
7 A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE COMO JUSTIFICANTE DO USO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU	88
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	91
REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

O texto constitucional estabelece no artigo 5º, LVI, que "são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Do mesmo modo é verificável que o Código de Processo Penal segue à risca o mandamento constitucional, estabelecendo que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais" (artigo 157, CPP). Assim, tais comandos legais, se traduziriam em uma taxatividade no sentido de que todo o tipo de prova obtido por meio ilícito não poderia ser utilizado. Todavia, se discute muito sobre a possibilidade de aceitação do uso da prova ilícita, quando o bem jurídico que se quer preservar é bem maior do que o comando constitucional que veda as provas ilícitas, como, por exemplo, a liberdade do indivíduo.

Perceba que o princípio supramencionado que é o da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo é amenizado sempre que a prova ilícita favoreça o réu, diante do princípio do favor "*libertatis*" e, para parte da doutrina, sempre que haja conflito entre a proibição da prova ilícita e outro direito de maior relevância social, diante do princípio da proporcionalidade.

Diante do anunciado, verifica-se que Vicente Greco Filho entende da seguinte forma:

"Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas em que deve prevalecer princípio constitucional de maior valor do que a proibição da obtenção da prova de forma ilícita" (GRECO FILHO, 2012, p. 196-197).

Ora, a Constituição possui a função de limitar o poder estatal, afinal, tal limitação se traduz, principalmente, do pós-guerra. A dignidade da pessoa humana, bem como a centralidade da Constituição e dos direitos fundamentais advém da preocupação pós experiências desumanas durante o nazismo. Todavia, de que forma o texto constitucional pode ser flexibilizado a fim de se admitir o uso da prova ilícita em benefício do réu?

Alexandre de Moraes explicita que:

"Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua" (MORAES, 2004, p. 63).

Dessa maneira, a ideia central é a apresentação dos conceitos, da abrangência dos conceitos, bem como dos princípios e teorias capazes de fundamentar a flexibilização do texto constitucional e infraconstitucional.

Serão investigados durante a realização desta pesquisa os aspectos acerca do constitucionalismo moderno, dos direitos fundamentais no processo penal, da prova e do uso da prova no processo penal, da prova ilícita e da vedação constitucional no uso da prova ilícita no processo penal, da proporcionalidade e da razoabilidade na flexibilização da vedação constitucional do uso da prova ilícita no processo penal, do conflito entre direitos fundamentais, e de julgados dos tribunais superiores utilizando-se da proporcionalidade e da razoabilidade na flexibilização da vedação constitucional do uso da prova ilícita no processo penal.

Pontuadas estas razões, será discutida a confrontação da admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu com a vedação constitucional e legal das provas ilícitas.

Em um primeiro momento, definiremos o conceito de prova, suas especificidades e a finalidade da prova, bem como os meios de prova existentes no ordenamento jurídico. Faremos breve menção acerca dos tipos de prova, dos princípios probatórios, tais como o princípio da aquisição ou comunhão da prova, princípio da autorresponsabilidade das partes, princípio da oralidade e seus subprincípios, princípio da verdade real, princípio da liberdade probatória, princípio da presunção de inocência e princípio da audiência contraditória.

Superado a fase de definição, finalidade, tipos e princípios, trataremos do ônus da prova, suas modalidades, poderes instrutórios do juiz, prova emprestada, sistemas de apreciação da prova, interrogatório e suas peculiaridades, bem como confissão, perícia, prova testemunhal, documental, reconhecimento de coisa e de pessoas, acareação e, por último, quanto ao ofendido.

Em seguida, abordaremos a prova ilícita e algumas hipóteses de admissibilidade.

Também será tratado, em tópico próprio, o uso da prova ilícita tanto em malefício do réu, quanto em benefícios do réu.

Objetivaremos acerca da proporcionalidade e da razoabilidade e como estas podem justificar o uso da prova ilícita em benefício do réu, ao final.

Por fim, diante de todos os conceitos estabelecidos pela base bibliográfica apresentada, teceremos observações e críticas quanto ao uso da prova ilícita em malefício do réu e propostas quanto ao uso da prova ilícita em benefício do réu.

2 PROVAS NO PROCESSO PENAL

A prova é, em linhas gerais, o meio pelo qual se evidencia um fato. O ato de provar é o meio pelo qual se busca estabelecer a verdade, ou seja, é com o uso da prova que a parte demonstra a certeza do que alega, no processo. É, assim, o instrumento pelo qual se leva ao conhecimento de terceiro uma verdade conhecida pela parte, porém desconhecida aos outros. A finalidade da prova é formar o convencimento do juiz.

Fernando da Costa Tourinho Filho diz:

[...] antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum* (TOURINHO FILHO, 2009, p. 522)

Guilherme de Souza Nucci traz a origem e definição:

“O termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. Entretanto no plano jurídico, cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio. A prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos. O universo no qual estão inseridos tais juízos do espírito ou valorações sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e não como efetivamente é.” (NUCCI, 2011, p. 15).

Como dito, a prova pode ser interpretada como tudo aquilo que auxilia na construção do convencimento do juiz, ou seja, é tudo aquilo que levamos ao conhecimento do magistrado na expectativa de convencê-lo da realidade dos fatos.

Fernando Capez, de igual modo, afirma que prova é:

“[...] o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.” (CAPEZ, 2011, p. 344)

Guilherme de Souza Nucci conceitua o termo prova com diversos sentidos:

“[...] a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) como resultado: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar na sentença. [...] Denominam-se provas típicas as previstas expressamente em lei, que possuem procedimento próprio para a sua produção (ex.: prova testemunhal, pericial etc.). São atípicas as provas não previstas explicitamente em lei como tal ou quando, embora previstas, não possuem procedimentos específicos para a sua obtenção, ex.: reconhecimento do crime. [...]” (NUCCI, 2011, p. 17).

De igual modo, Fernando da Costa Tourinho Filho:

“O termo “prova” é utilizado em tríplice significado: a) prova como atividade probatória: ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de determinada situação factual; b) prova como resultado: a convicção do juiz formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de fato; c) prova como meio: o instrumento probatório para formar aquela convicção.” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 532)

Salienta-se que

“Toda pretensão prende-se a algum, ou fatos, em que se fundamenta (*ex facto oritur jus*). Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraíndo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional.

As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não a verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ser ou não verdadeiras. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui,

pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo” Grinover, Dinamarco e Cintra (2008,p. 273)

Mirabete assevera que prova é:

Produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo. (MIRABETE, 2009, p. 249)

De acordo com entendimento de Guilherme Souza Nucci:

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda (NUCCI, 2011, p. 17).

Fernando Capez assevera a importância da prova:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto (CAPEZ, 2011, p. 344).

Certo é que

“Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses [...]).

Por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. [...] impõe-se a atuação do Direito, sempre que presente uma questão penal, entendendo-se por essa a prática de determinada conduta, por alguém, definida em Lei como crime, porque suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido.

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre o qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os

efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal.” (OLIVEIRA, 2011, p. 317-318).

2.1 Fonte de Prova

São as pessoas ou coisas das quais provêm os elementos de prova. Exemplo: Pessoa que vai depor é a fonte de prova; documento a ser periciado é a fonte de prova.

Ou seja, é tudo aquilo útil a oferecer um resultado ao processo judicial.

2.2 Meios de Prova

São os canais de comunicação dos quais se vale o juiz para obter os elementos de prova. Exemplo: prova testemunhal, documental, pericial.

Fernando da Costa Tourinho Filho diz que meio de prova “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, [...], tudo são meios de prova” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 524)

Grinover, Dinamarco e Cintra (2008, p. 374) afirmam que é

[...] através das provas se procura demonstrar a ocorrência ou inoocorrência dos pontos duvidosos de fato relevantes para a decisão judicial, ou seja, a conformação das afirmações de fato feitas no processo com a verdade objetiva – em princípio não haveria limitações ou restrições à admissibilidade de quaisquer meios para a produção de provas.

Paulo Rangel, sobre o tema, sustenta que:

“Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.” (2009, p. 420)

Fernando Capez explica que:

Como é sabido, vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de provas elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas (CAPEZ, 2011, p. 394)

Ou seja, meios de prova são os métodos por meio dos quais a prova pode ser levada ao processo. Os meios de prova podem ser:

- I. nominados: são os documentos, acareações, reconhecimento de pessoas e objetos, interceptação telefônica, interrogatório. São todos os meios de prova previstos na legislação;
- II. inominados: são aqueles meios de prova que não estão previstos expressamente na legislação. Exemplo: juntar alguma mídia, contendo imagens de um programa de Televisão em que o acusado aparece, a fim de mostrá-las aos jurados.

2.3 Meios de Obtenção de Prova

São procedimentos probatórios que restringem direitos fundamentais notadamente à privacidade e neles o contraditório é diferido, ou seja, acontece *a posteriori*. Exemplos: busca e apreensão, interceptação telefônica.

2.4 Prova Atípica

É a prova que não está prevista em lei ou cujo procedimento probatório não está previsto em lei. Tem a terminologia de atípica justamente pelo fato de ser colhida de modo diverso da prova típica – aquela prevista em lei. O Código de Processo Penal se traduz em humanitário em consonância com o contraditório e a ampla defesa que são corolários do devido processo legal.

Com isso, utilizando-se do artigo 3º do CPP combinado com o artigo 369 do CPC, possuímos, respectivamente:

CPP, Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

CPC, Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Exemplo de prova atípica é, entre outros, a reconstituição, afinal, não há procedimento probatório previsto.

2.5 Prova Anômala

Trata-se da utilização de um meio de prova típico por outro. Ou seja, prova anômala é aquela utilizada para fins diferentes daqueles que lhe são próprios, com características de outra prova nominada/típica (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005, p. 345).

Exemplo de prova anômala é o *Parquet* reduzir o depoimento da testemunha a texto e juntar ao processo. Veja, nesse exemplo, que a oitiva da testemunha é o modelo previsto para a prova testemunhal, ou seja, um depoimento oral respeitando-se o contraditório.

2.6 Prova Alienígena

É a prova produzida fora do juiz natural, ou seja, por precatória ou por rogatória.

2.7 Prova Irritual

É a “prova típica produzida sem a observância do procedimento probatório” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005, p. 344).

Exemplo de prova irritual é trazido por Renato Brasileiro Lima quando apresenta *Habeas Corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 148.215/RJ, ReI. Min. Og Fernandes, j. 20/04/2010), no qual, em suposto crime sexual, a vítima, menor de quatorze anos, em vez de prestar o depoimento oralmente, escreveu o ocorrido na presença do juiz e das partes, o que violaria o artigo 204 do CPP (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. V. 1. Niterói: Editora Impetus, 2011, p. 861).

2.8 Princípios Probatórios

2.8.1 Princípio da Aquisição ou da Comunhão da Prova

Uma vez trazida aos autos, a prova se incorpora ao processo. Por essa razão, a prova trazida por uma das partes pode ser usada pela parte contrária. Além disso, uma vez admitida a prova, para que a parte desista dela, deve haver anuência da parte contrária. Ou seja, a prova produzida pertence ao processo e não às partes. Exemplo: Prova da defesa que ajuda a condenar.

Rui Portanova (Princípios do Processo Civil, 1999, p. 217) salienta:

“Sendo o fim da prova levar a certeza à mente do juiz, para que possa falar conforme a justiça, diz Echandia, há um interesse indubitável e manifesto em razão da função que desempenha no processo. É o princípio do interesse público na função da prova. É evidente, cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato. Contudo, há de se considerar, ainda, o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes. Em consequência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não

se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição”¹

2.8.2 Princípio da Autorresponsabilidade das Partes

As partes são responsáveis pelas consequências de seu exercício probatório.

O artigo 156 do Código de Processo Penal é esclarecedor:

CPP, Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

2.8.3 Princípio da Oralidade

Do princípio da oralidade decorrem quatro outros princípios:

¹ Cfr. A respeito do tema, valiosa a lição de Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, 5ª ed., Bogotá Temis, 2002, p. 110: “*Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad; esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es impropio pretender que solo a este beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia Del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es La realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a esse resultado, nada importa quién las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho*”. Com as mesmas considerações as lições de Victor de Santo, *El proceso civil*, tomo II, Buenos Aires, Universidad, 2000, pp. 257/258. Ainda Juan Montero Aroca, *La prueba em el Proceso Civil*, 3ª ed., Madri, Civitas, 2002, p. 83: “*Aunque el principio tiene contenido general (si una parte interpone el recurso de apelación, este se tramitará para las dos), es em la prueba donde adquiere mayor sentido, significando que si um hecho ha sido probado, el juzgador tiene que partir de él em la sentencia, siendo indiferente qué parte lo haya probado. Dicho de outra manera, todas las pruebas se incorporan al proceso, son del proceso em que producirán certeza, y tienen como destinatário al juez*”.

2.8.3.1 Princípio da Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias

Só cabe recurso das decisões interlocutórias expressamente previstas em lei (artigo 581, CPP).

CPP, Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

II - que concluir pela incompetência do juízo;

III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;

IV – que pronunciar o réu;

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus;

XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;

XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;

XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;

XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;

XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;

XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;

XVII - que decidir sobre a unificação de penas;

XVIII - que decidir o incidente de falsidade;

XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;

XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;

XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;

XXII - que revogar a medida de segurança;

XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;

XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.

2.8.3.2 Princípio da Imediação

As provas são colhidas em contraditório perante o juiz.

2.8.3.3 Princípio da Concentração dos Atos Processuais

As provas são produzidas em uma audiência (Artigo 400, CPP).

CPP, Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

2.8.3.4 Princípio da Identidade Física do Juiz

O Princípio da Identidade Física do Juiz surge no ano de 2008 no artigo 399, §2º, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

CPP, Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

[...]

§ 2o O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

No CPC de 1973 havia a previsão de exceção à identidade física do juiz (artigo 132). A jurisprudência determinou que as exceções do artigo 132 (AgRg no Ag em Resp 915373/ES, DJE 26.06.17, Relator Ministro Nefi Cordeiro) aplicam-se ao CPP.

No CPC 2015 não há o princípio da identidade física do juiz. Não há, portanto, exceções. As exceções do artigo 132 do CPC não existem mais. Todavia, para alguns doutrinadores, as exceções do CPC 1973 devem continuar a ser aplicadas, v.g., Guilherme Madeira Dezem (Curso de Processo Penal, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016).

2.8.4 Princípio da Verdade Real

Assevera Mirabete:

“Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, ex officio, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal” (Processo Penal. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44).

Greco Filho, a seu turno, diz que:

“É princípio do processo penal [...] a aferição, pelo juiz, da verdade real e não apenas da que formalmente é apresentada pelas partes no processo. O poder inquisitivo do juiz na produção de provas permitilhe ultrapassar a descrição dos fatos como aparecem no processo, para determinar a realização ex officio de provas que tendam à verificação da verdade real, do que ocorreu, efetivamente, no mundo da natureza” (Manual de Processo Penal, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 75).

Assim, no processo penal busca-se a reconstrução dos fatos tais como efetivamente aconteceram.

O Inquérito 4023/AP, Rel. Carmen Lucia, DJE 01.09.16, estabelece:

EMENTA: INQUÉRITO. DENÚNCIA. DEPUTADO FEDERAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE, DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PROVA EMPRESTADA: POSSIBILIDADE. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DE GRAVAÇÕES: DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. INÉPCIA: INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 395 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DAS CONDUTAS. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. Inexiste nulidade na utilização de prova emprestada em processo criminal, notadamente fundamentada em decisão judicial deferindo o seu compartilhamento. 2. Este Supremo Tribunal afirmou a desnecessidade de transcrição integral dos diálogos gravados, quando irrelevantes para o embasamento da denúncia: Precedentes. 3. É apta a denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, individualiza as condutas do denunciado no contexto fático da fase pré-processual, expõe pormenorizadamente os elementos indispensáveis à ocorrência, em tese, dos crimes nela mencionados, permitido o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. 4. Para o recebimento da denúncia, analisa-se a presença de indícios suficientes da materialidade e da autoria dos delitos imputados ao Denunciado. 5. A denúncia é proposta da demonstração de prática de fatos típicos e antijurídicos imputados à determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e à contradita. 6. Ausência de situação prevista no art. 395 do Código de Processo Penal. 7. Denúncia recebida. (Inq 4023, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 31-08-2016 PUBLIC 01-09-2016)

Alexandre Moraes da Rosa, em *A teoria dos jogos aplicada ao processo penal, Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction e Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*, traz a noção de que a verdade é um dado construído no processo pela atividade das partes, sendo a verdade real “uma empulhação ideológica que serve para acalmar a consciência de

acusadores e julgadores” (A teoria dos jogos aplicada ao processo penal. 2º ed. Empório do direito. 2015, p 117).²

Luigi Ferrajoli acrescenta:

“A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal inalcançável’. A ideia contrária que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar.” (Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42)

2.8.5 Princípio da Liberdade Probatória

No Processo Penal são admitidos todos os meios de prova, nominados ou inominados, em homenagem ao princípio da verdade real. Esse princípio, contudo, não é absoluto, pois não se admitem as provas ilegais, que se subdividem em provas ilícitas e ilegítimas. As partes têm liberdade para provar os fatos da forma que melhor entenderem.

2.8.6 Princípio da Presunção de Inocência

Celso de Mello no julgamento da ADC 43, objetivou o seguinte:

"A presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “Suma Teológica”, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século

² Cf. ROSA, Alexandre Morais da. Para você que acredita em verdade real, um abraço. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/limite-penal-voce-acredita-verdade-real-abraco>, acesso em 18/08/2022. Também, STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>, acesso em 18/08/2022.

XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

Mostra-se importante assinalar, neste ponto que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana"

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdãos, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf> >. Acesso em: 15 ago. 2022.

Certo é que o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, surgiu logo com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que em seu artigo XI, 1, que dispõe:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Ou seja, todos, sem exceção, presumem-se inocentes.

No brilhante voto, Celso de Mello finaliza:

“Não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e

das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdãos, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf> >. Acesso em: 18 ago. 2022.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, diz: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, e a Constituição Federal de 1988 no inciso LVII do artigo 5º diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Dessa maneira, a presunção de inocência é uma regra de tratamento do acusado no Processo Penal. O acusado é tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Salienta-se, por fim, que não se pode confundir a presunção de inocência com o “*in dubio pro reu*”, este é regra de julgamento no processo penal.

2.8.7 Princípio da Audiência Contraditória

À parte contrária sempre deve ser dado o direito de impugnar a prova produzida pelo *ex adverso*. Ou seja, toda a prova admite contraprova. A isso damos o nome de audiência contraditória.

2.9 Ônus da Prova

O ônus da prova é o encargo que recai sobre as partes, impondo-lhes o dever de provar algo, sob pena de suportar uma situação processual adversa.

A acusação deve fazer prova da autoria e da materialidade do delito. Deve fazer prova plena desses elementos. Compete, ainda, à acusação fazer prova do elemento subjetivo, isto é, do dolo da ação ou do elemento normativo, ou seja, a culpa: provar que o agente agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

A defesa deve provar os fatos impeditivos (excludentes de ilicitude), extintivos (causas de extinção da punibilidade) ou modificativos (desclassificação ou causas de diminuição da pena) do direito do autor. A defesa não precisa produzir prova plena, basta o juízo de probabilidade, haja vista que a dúvida beneficia o réu, daí a mera possibilidade já ser o bastante para a defesa.

Apesar do mencionado, com a alteração processual de 2008, o réu não mais necessita de fazer prova plena de excludente de ilicitude, nem de dirimente de culpabilidade, haja vista que a modificação do art. 386, VI, trouxe claramente que na dúvida quanto à existência de causas justificantes ou dirimente, também deverá ser absolvido o réu, daí se falar que basta a dúvida e não mais a necessidade da certeza para a absolvição.

2.9.1 Modalidades de Ônus da Prova

- a) Objetivo – É a regra de julgamento do juiz.
- b) Subjetivo – É o encargo das partes, ou seja, o que as partes devem provar.

Artigo 156, CPP – O ônus da prova incumbe a quem alega.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O Superior Tribunal de Justiça possui uma jurisprudência no sentido de dar eficácia ao artigo 156 do CPP, haja vista que “o poder vulnerante integra a própria natureza da arma cabe à defesa comprovar que a arma não tem poder vulnerante. HC 372615/15, Relator Ministro Jorge Mussi, DJE 10.02.2017, STJ”, *verbis*:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO OBJETO. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS). 2. O poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP. DOSIMETRIA. CONCURSO DE AGENTES. COMPROVAÇÃO. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Não há como se conhecer do mandamus no ponto em que pretende o afastamento da majorante do concurso de pessoas, visto que a questão não foi objeto de exame pelo Tribunal apontado como coator, até mesmo porque não fora suscitada pela defesa, sob pena de indevida supressão de instância. CONCURSO FORMAL. CONFIGURAÇÃO. MAIS DE UM BEM JURÍDICO ATINGIDO. PLURALIDADE DE VÍTIMAS. INOCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. Evidenciado que o

roubo foi praticado contra vítimas distintas, na mesma situação fática e objetivando patrimônios diferentes, tem-se como caracterizado o concurso formal, e não a hipótese de crime único. Precedentes. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. GRAVIDADE CONCRETA. PLURALIDADE DE BENS SUBTRAÍDOS. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DE MODO PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Conforme jurisprudência reiterada deste Sodalício, a imposição do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto. 2. Na hipótese, o Colegiado a quo concluiu de modo fundamentado quanto à necessidade do regime inicial fechado, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, considerando as circunstâncias em que foi perpetrado - subtraída quantidade considerável de bens, aliadas à reincidência do paciente, não havendo ilegalidade a reparar. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 372.615/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017).

Gustavo Badaró, todavia, tem uma posição divergente. Para ele, não há ônus da prova para a defesa, basta que haja dúvida razoável e o Ministério Público possui o dever de provar (Ônus da prova no processo penal, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 230-235).

2.10 Poderes Instrutórios do Juiz

Poder instrutório é a possibilidade do juiz produzir prova de ofício. É possível em duas hipóteses:

- a) Antes de iniciada a ação penal produzir provas urgentes e relevantes, observada a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida.
- b) Durante a instrução ou antes da sentença, se houver dúvida sobre ponto relevante.

Para o STF não viola o sistema acusatório o juiz produzir prova de ofício. HC 126501-MT, Marco Aurélio, 14.96.16.

Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E MEDIANTE FRAUDE, ESCALADA OU

DESTREZA. ART. 155, §4º, I E II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO CALCADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. REGISTROS DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. COMPROVAÇÃO. AVERIGAÇÃO DE ANOTAÇÕES CRIMINAIS PELO JUIZ DA CAUSA. ATUAÇÃO EX OFFICIO DENTRO DOS LIMITES JURISDICIONAIS. ART. 156 DO CPP. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. 1. Não se admite habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário, sob pena de ofensa ao regramento do sistema recursal previsto na Constituição Federal. 2. A periculosidade do agente pode ser aferida por intermédio de diversos elementos concretos, tal como o registro de inquéritos policiais e ações penais em andamento que, embora não possam ser fonte desfavorável da constatação de maus antecedentes, podem servir de respaldo da necessidade da imposição de custódia preventiva. 3. Diante do disposto no art. 156 do CPP, não se reveste de ilegalidade a atuação de ofício do Magistrado que, em pesquisa a banco de dados virtuais, verifica a presença de registros criminais em face do paciente. 4. Writ não conhecido, com revogação da liminar anteriormente deferida. (HC 126501, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 14/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 03-10-2016 PUBLIC 04-10-2016)

Barbosa Moreira tem firme posição:

“(...) o risco, neste campo, não é o da hiperatividade, mas o da inércia. Aos juízes deve, pois, aconselhar-se a utilização, com escrupuloso respeito do contraditório, das possibilidades que a lei lhes concede, sempre que preciso para a formação segura do convencimento acerca dos fatos relevantes” (Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 46).

Aury Lopes Junior possui um posicionamento diferente. Para ele, os poderes instrutórios do juiz se traduziriam em essência do sistema inquisitório, conforme se expressa:

“Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório” (Direito processual penal, livro eletrônico. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53-54)

2.11 Prova Emprestada

É a prova que é produzida em um processo e levada para o outro.

Exemplo de prova emprestada é o Caso Bruno (goleiro do Flamengo) em que seu primo que foi processado na vara da infância e contou todo o crime. O promotor usou o depoimento no processo do júri.

Ada Pelegrini Grinover afirma que para a prova emprestada valer ela deve ser produzida entre as mesmas partes (O Processo em Evolução, Imprensa: Rio de Janeiro, Forense Unversitária, 1998, p. 62).

Na mesma corrente, o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci:

O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo em que a prova foi efetivamente produzida (NUCCI, 2012a, p. 390).

Salienta-se, todavia, que a jurisprudência mudou de posição. Não precisa mais ser produzida entre as mesmas partes. Basta que no processo para o qual tenha sido levada seja aberto o contraditório. HC 292800-SC, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJE 10.02.17, *verbis*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI N. 9.296/1996. CONTEÚDO À DISPOSIÇÃO DAS PARTES NO CURSO DA INSTRUÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA RESPEITADOS. PROVA EMPRESTADA. PARTES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. POSTERIOR SUBMISSÃO DA PROVA AO CONTRADITÓRIO. INTERCEPTAÇÃO DE CONVERSAS MANTIDAS COM NÚMERO DE TELEFONE LEGALMENTE INTERCEPTADO. LICITUDE DA PROVA. IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO DE LINHA TELEFÔNICA QUE MANTEVE CONTATO COM O NÚMERO MONITORADO. INFORMAÇÃO NÃO ALBERGADA PELO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL E PERÍCIA PARA IDENTIFICAÇÃO DAS VOZES. DESNECESSIDADE.

INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. SUFICIÊNCIA. SÚMULA 273/STJ. AUSÊNCIA DA DEFESA CONSTITUÍDA. DEFESA GARANTIDA PELO DEFENSOR DE CORRÉU. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE. DECRETO CONDENATÓRIO BASEADO NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO BASEADO NA INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. "Se as provas obtidas nas interceptações telefônicas foram juntadas aos autos da ação penal a que respondeu o Paciente antes do oferecimento das alegações finais, não há como se reconhecer a pretensa nulidade do feito por mitigação ao contraditório e à ampla defesa, pois ao Patrocinador do Acusado foi garantido acesso integral aos referidos elementos probatórios. Precedentes" (HC 213.158/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 4/9/2013). 3. Esta Corte Superior manifesta entendimento no sentido de que "a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo" (EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, DJe 17/6/2014). 4. A captação das conversas, originadas ou recebidas de um número legalmente monitorado torna legítima a prova produzida. 5. Não configura quebra de sigilo de dados a simples identificação do usuário de linha telefônica que manteve contato com o número monitorado, pois tal informação não encontra-se abrangida pelo princípio da inviolabilidade, previsto no art. 5º, inciso XII, da Carta da República. Precedentes. 6. É assente nesta Corte o entendimento de ser desnecessária a transcrição integral do conteúdo das interceptações telefônicas, uma vez que a Lei 9.296/1996 não faz qualquer exigência nesse sentido, bastando que se confira às partes acesso aos diálogos interceptados. Precedentes. 7. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido da desnecessidade da realização genérica de perícia para a identificação das vozes captadas nas interceptações telefônicas. Precedentes. 8. "Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado"

(Súmula 273/STJ). Hipótese em que a defesa constituída foi efetivamente intimada da expedição da carta precatória. 9. O reconhecimento de nulidade, seja absoluta ou relativa, exige a comprovação de efetivo prejuízo, na esteira do disposto no art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes. 10. A ausência da defesa constituída, embora intimada, para a audiência de oitiva das testemunhas de acusação foi suprida pela defesa, não conflitante, de um dos corréus. Ademais, o suporte probatório para a condenação foram as conversas telefônicas interceptadas com autorização judicial e devidamente juntadas aos autos, de forma que a apontada ausência de defensor ad hoc na audiência para inquirição de testemunhas da acusação, à evidência, nenhum prejuízo acarretou ao paciente. 11. O habeas corpus, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação. 12. Habeas corpus não conhecido. (HC 292.800/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Objetivamos que a prova emprestada tem a mesma natureza jurídica do processo no qual ela foi produzida.

“Toda prova diz respeito a um certo fato, é produzida num determinado processo e tem por finalidade nele gerar seus efeitos” (ARANHA, 2008, p. 254). Porém, extraordinariamente, se encontram provas transladas, isto é, produzidas e referendadas em um processo, sendo transportadas para um outro, com a finalidade de geração de efeitos, no qual recebe o nome de: prova emprestada (ARANHA, 2008).

2.12 Sistemas de Apreciação da Prova

No Sistema Primitivo (hoje abandonado), utilizavam-se dois sistemas: o sistema religioso e o sistema étnico ou pagão. O sistema religioso invocava a divindade para apreciar as provas, qualquer que fosse o julgamento (duelos etc.). No sistema étnico ou pagão, a apreciação das provas era feita de forma empírica, sem qualquer regra.

No Sistema Moderno, são três os sistemas:

Sistema da íntima convicção ou da certeza moral do julgador. Nesse sistema, a decisão fica a cargo do juiz, que decide observando certas regras, porém, não há necessidade de fundamentação

do julgamento. Em nosso pensar, dá ensejo a abusos. O juiz tem liberdade decisória e não precisa motivar. Aplica-se ao jurado no júri.

Sistema da prova legal ou tarifada. A lei fixa um regime tarifado de provas, preestabelecendo o valor de cada prova. As provas possuem valor pré-determinado ou ainda cada fato se prova por específico meio de prova.

Exemplo: A confissão é a rainha das provas. Art. 155, § único, CPP. Somente quanto ao estado das pessoas aplicam-se as restrições da lei civil. Artigo 158, CPP – O exame de corpo de delito é obrigatório nas infrações que deixam vestígio não podendo supri-lo a confissão do acusado.

CPP, Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

CPP, Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, no qual, o julgador tem liberdade para decidir, formando sua convicção pela livre apreciação das provas, porém, com a obrigação de fundamentar seu julgamento.

O Código de Processo Penal brasileiro adota o sistema do livre convencimento motivado. Há, todavia, uma exceção estabelecida no Código, uma vez que para o Tribunal do Júri aplica-se o sistema da íntima convicção, afinal, os jurados não podem fundamentar suas decisões.

O artigo 93, IX, CF e art. 155, CPP são cruciais:

CF, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados

atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

2.13 Interrogatório

Interrogatório é o ato processual pelo qual o acusado é ouvido pelo juiz sobre a imputação contra ele formulada. O interrogatório possibilita ao acusado o exercício de autodefesa.

O interrogatório é um ato processual, logo a oitiva feita na delegacia não se trata tecnicamente de um interrogatório. O indiciado é ouvido e não interrogado. Observe-se, no entanto, que o que será dito a seguir sobre interrogatório também se aplica à oitiva realizada pelo Delegado de Polícia.

Discutia-se se o interrogatório é meio de prova ou meio de defesa. O Código de Processo Penal trata como verdadeiro meio de prova. Por óbvio, atualmente, na doutrina e na jurisprudência, predomina o entendimento de que o interrogatório tem natureza de meio de defesa, embora, para muitos, tenha natureza mista, pois além de servir como meio de prova serve também como meio de defesa, pois é uma oportunidade do réu apresentar sua versão dos fatos (direito de audiência).

O princípio constitucional da ampla defesa (artigo 5.º, inciso LV, da Constituição Federal/88) constitui-se da defesa técnica, que é aquela realizada pelo defensor do acusado, pelo causídico e da autodefesa, que é ato exclusivo do acusado.

A autodefesa pode ser renunciada pelo acusado. Constitui-se a autodefesa de: direito de presença, que é o direito do acusado acompanhar a realização dos atos processuais, depoimentos das testemunhas; e direito de audiência, que é o direito do acusado ser ouvido, participando da formação do livre convencimento do juiz. O réu também tem a garantia constitucional de permanecer calado em seu interrogatório, sem que qualquer sanção lhe seja aplicada.

O interrogatório do réu presente é ato indispensável. Sua falta acarretará a nulidade absoluta do processo. Exceção: poderá haver processo de réu presente sem interrogatório nos crimes

constantes do Código Eleitoral e da Lei de Imprensa. Para o réu revel (citado pessoalmente que não comparece, nem constitui advogado), o interrogatório será dispensado. Se comparecer no decorrer da instrução, espontaneamente ou preso, será interrogado ou, ao menos, possibilitado que o seja.

Para o interrogatório, é indispensável a citação do réu.

O artigo 188 do Código de Processo Penal estabelece o roteiro das perguntas que devem ser feitas no interrogatório.

2.13.1 Características do Interrogatório

É um ato personalíssimo, público, dotado de judicialidade.

Ato público (excepcionalmente, a publicidade poderá ser restringida, nos termos do artigo 792 do Código de Processo Penal).

Ato processual oral. Exceções: para o surdo, as perguntas serão feitas por escrito e respondidas oralmente; para o mudo as perguntas serão feitas oralmente e respondidas por escrito; para o surdo-mudo, as perguntas e as respostas serão feitas por escrito. Se o réu for estrangeiro ou surdo-mudo e analfabeto, será nomeado um intérprete que funcionará também como curador.

Ato personalíssimo, no qual só o réu pode ser interrogado.

2.13.2 Momento do Interrogatório

Como regra, o momento do interrogatório é no final da instrução probatória, ou seja, após a coleta e toda a prova dos autos, garantindo, assim, maior possibilidade de defesa ao réu. É ato não preclusivo. Pode realizar-se inclusive após a sentença, desde que antes do trânsito em julgado. Assim, se o réu comparecer em Juízo antes do trânsito em julgado e manifestar o desejo de ser ouvido, o juiz deverá interrogá-lo. Caso já exista apelação, o julgamento deverá ser convertido em diligência para que o réu seja ouvido, sob pena de cerceamento da defesa. Em situações

excepcionais, entende-se ser o interrogatório – após a sentença – facultativo, dispensável quando, por exemplo, for possível antever a absolvição do acusado.

Caso o juiz entenda necessário, o réu já interrogado poderá ser novamente interrogado.

No procedimento da Lei n. 9.099/95, o momento do interrogatório também será posterior à oitiva das testemunhas.

Por certo, é ouvido o ofendido, depois as testemunhas de acusação e testemunhas de defesa, perito, assistente técnico, acareação, reconhecimento, interrogatório (art. 400, CPP)

Art. 400, CPP - Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Exceções: tem leis especiais que preveem o interrogatório como primeiro ato. São elas:

Lei de abuso de autoridade (Lei 4898/65 (art. 22), Lei 8038/90 (art. 7), Lei de Drogas (ART. 57) e Código de Processo Penal Militar (art. 302 do CPPM).

Lei 4898/65, Art. 22, - Aberta a audiência o Juiz fará a qualificação e o interrogatório do réu, se estiver presente.

Lei 8038/90, Art. 7º, - Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.

Lei 11343/06, Art. 57 - Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

CPPM, Art. 302 - O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas.

Todavia, o STF regulamentou a questão com modulação de efeitos. Para o STF prevalece o CPP sobre a lei especial de maneira obrigatória para os interrogatórios feitos a partir desse julgamento (HC 127900/AM – Dias Toffoli. DJ e 03.08.2016), *verbis*:

EMENTA Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. 1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). 2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa. 3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302). 4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). 5. Por ser mais benéfica (*lex mitior*) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal. 6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado,

o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14. 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016)

2.13.3 Direitos do Réu no Interrogatório

O réu, durante o interrogatório, tem o direito de permanecer em silêncio, conforme artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988. O réu que responde ao interrogatório não está obrigado a dizer a verdade, poderá mentir sem sofrer qualquer sanção. A mentira do réu no interrogatório só será considerada crime se fizer autoacusação falsa ou denúncia caluniosa, conforme artigos 339 e 341 do Código Penal.

O réu ainda tem o direito de entrevistar-se com seu advogado antes do interrogatório.

2.13.4 Interrogatório por Precatória

É possível a realização de interrogatório por precatória.

Renato Brasileiro assevera que deve o acusado ser ouvido pelo juiz da causa no curso da audiência una de instrução e julgamento. No entanto, caso o acusado resida em localidade distinta, nada impede que o magistrado determine a expedição de carta precatória para a realização de seu interrogatório (Manual de Processo Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 957).

2.13.5 Local do Interrogatório

2.13.5.1 Réu solto

Em regra, é interrogado no fórum. Exceção: se residir em outra comarca haverá interrogatório por carta precatória e se residir em outro país, carta rogatória.

Se o réu estiver impossibilitado de se locomover será ouvido, interrogado, onde se encontrar.

2.13.5.2 Réu Preso

Pode ser interrogado no presídio em que se encontra (art. 185, §1º, CPP), no fórum ou por videoconferência.

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

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

2.13.6 Interrogatório por Videoconferência (art. 185, §2º do CPP)

CPP, Artigo 185, §2º - Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades

É apenas para réu preso. O juiz pode determinar de ofício ou a requerimento das partes. Além disso, as partes devem ser intimadas com 10 dias de antecedência em relação ao ato. As hipóteses são em rol taxativo. Vejamos.

Hipóteses:

I – Risco a segurança pública: quando houver fundada suspeita de que integre organização criminosa ou que possa fugir. Não precisa haver condenação por organização criminosa, basta que haja fundada suspeita.

II – Viabilizar a participação do réu no ato processual quando houver dificuldade para seu comparecimento por enfermidade ou circunstância pessoal. Exemplo: réu com pneumonia.

III – Impedir a influência do réu no ânimo da vítima ou testemunha.

IV – Responder a gravíssima questão de ordem pública.

2.13.7 Procedimento do Interrogatório (art. 186 e seguintes do CPP)

a) Entrevista reservada com advogado: é feita logo no início da audiência (RHC 81060. Jorge Mussi. Dje 12.05.2017).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NEGATIVA DE O RÉU SE ENTREVISTAR COM O DEFENSOR PÚBLICO APÓS A OITIVA DAS TESTEMUNHAS E ANTES DO SEU INTERROGATÓRIO. ACUSADO QUE TEVE ACESSO AO ÓRGÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA ANTES DO INÍCIO DO ATO E DURANTE A SUA INQUIRÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. EIVA NÃO CARACTERIZADA. 1. A jurisprudência deste Superior de Justiça não acolhe a alegação de nulidade do interrogatório quando efetivamente garantida a prévia entrevista do réu com seu defensor antes da sua oitiva em juízo. 2. Na espécie, o togado de origem permitiu que o recorrente consultasse seu defensor previamente à audiência de instrução e julgamento, somente não admitindo a suspensão do ato a fim de que pudessem novamente se comunicar após a colheita da prova oral, tendo registrado, outrossim, que a todo momento o órgão de assistência judiciária manteve contato verbal com seu patrocinado, o que revela o atendimento ao disposto no artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal e impede a anulação do ato, por ausência de demonstração do prejuízo. 3. Recurso desprovido. (RHC 81.060/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 12/05/2017).

b) Qualificação: não pode o réu mentir na qualificação, conforme Súmula nº 522 do STJ. O direito ao silêncio é informado ao acusado após a qualificação.

Súmula 522, STJ – “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.”

c) Interrogatório sobre a pessoa do réu: as partes não perguntam diretamente ao acusado, salvo no plenário do júri (art. 474 do CPP).

d) Interrogatório sobre os fatos: O advogado de um dos corréus pode fazer reperguntas para o outro (RHC 54650/RJ. Felix Fischer. DJe 15.05.2015).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CP ART. 171, C/C ART. 14, INCISO II; ART. 299, C/C ART. 304; ART. 298, C/C 304; ART. 339 E ART. 307. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INTERROGATÓRIO DA CORRÉ QUE COMPARECEU ESPONTANEAMENTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DOS DEMAIS ACUSADOS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. DEFENSOR DO RECORRENTE QUE ESTEVE PRESENTE DURANTE TODO O ATO DE INTERROGATÓRIO. POSSIBILIDADE DE FAZER PERGUNTAS À INTERROGANDA. PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - Consoante o princípio pas de nullité sans grief, evidenciado no art. 563 do CPP ("nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"), não há que se falar em declaração de nulidade de ato processual, se dele não resultou qualquer prejuízo concreto para a defesa do recorrente. II - A jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça adverte que é direito do corréu ser representado no interrogatório dos outros acusados como forma de oportunizar a produção de prova que entender pertinente. "No entanto, conquanto se confira ao acusado a prerrogativa de participar do interrogatório do corréu e de formular as perguntas consideradas pertinentes, o certo é que a sua presença no referido ato é facultativa, motivo pelo qual a sua ausência, bem como a de seu patrono, assim como a falta de nomeação de advogado dativo não são causas de nulidade da ação penal" (HC 243.126/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 11/12/2014). III - Na hipótese dos autos, observou-se o direito de participação do Advogado do recorrente no interrogatório da corré. Na espécie, consignou-se, inclusive, que foi dado prosseguimento ao ato "com a presença dos demais advogados mesmo com a alegação de que não foram intimados previamente ficando, claro, portanto, que a permanência nesta audiência, ainda que não tenha sido intimados previamente representa uma renúncia tácita ao próprio requerimento de intimação prévia, pois ainda que não venham a realizar nenhuma

pergunta, seja por razões de não a possuir, seja por razão de não quererem ter participação mais ativa, representa em última análise, que aderiram ao ato, sanando eventual irregularidade que possa vir a ser considerada pela ausência prévia de intimação, conclusão essa que foi exaustivamente esclarecida aos causídicos, inclusive, convidando-os para que deixassem o recinto, não tendo aquiescido optando por permanecer, representando os constituintes neste ato" (fls.175-176, e-STJ). Recurso ordinário desprovido. (RHC 54.650/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015)

e) Esclarecimentos das partes.

Modalidades especiais de interrogatório é encontrada para:

I- Estrangeiro: devendo ser dado intérprete. Art. 193, CPP - Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete.

II - Surdo/mudo: surdo e mudo pergunta por escrito e responde por escrito. Surdo e mudo não alfabetizado, nomeia um perito.

CPP, Art. 192 - O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

2.13.1 Condução coercitiva

Será determinada quando o acusado não atender à intimação para interrogatório ou reconhecimento.

Art. 260, CPP - Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

O STF na ADPF 444 suspendeu as conduções coercitivas, salvo para reconhecimento, *verbis*:

“1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrario sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si

movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP”. (STF, ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 07 jun. 2018).

2.14 Confissão

2.14.1 Conceito de Confissão

Confissão é a admissão pelo réu da autoria dos fatos a ele imputados. A confissão refere-se à autoria do fato. A materialidade do delito não é objeto da confissão. A confissão feita perante a autoridade judicial configura atenuante genérica nos termos do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. A confissão não é mais considerada a rainha das provas; ao magistrado caberá apreciar a confissão em consonância com as demais provas produzidas.

2.14.2 Espécies de Confissão

Simples: quando o réu admite a autoria de fato único, atribui a si a prática de infração penal.

Qualificada: quando o réu admite a autoria dos fatos a ele imputados, mas alega algo em seu benefício, opõe um fato modificativo ou impeditivo, por exemplo: excludente de antijuridicidade, culpabilidade.

Complexa: quando o réu admite a autoria de fato múltiplo.

Judicial: é a confissão prestada perante o juiz competente, no próprio processo.

Extrajudicial: é a confissão prestada no Inquérito Policial, ou fora dos autos da ação penal.

Explícita: quando o acusado reconhece ser o autor da infração.

Implícita: quando o acusado não admite a autoria, mas realiza atos que levam indiretamente à conclusão de que ele é o autor do delito. Exemplo: quando o acusado procura ressarcir o ofendido dos prejuízos causados pela infração.

2.14.3 Características da Confissão

A confissão é ato personalíssimo do réu.

É ato livre e espontâneo.

A confissão é um ato retratável, isto é, o acusado pode desdizer a confissão prestada. A confissão é ainda um ato divisível, isto é, o juiz poderá cindir a confissão feita pelo acusado, acatando-a em parte ou no todo.

Existem os requisitos intrínsecos, tais como, verossimilhança, certeza, clareza, persistência, coincidência com os demais elementos de prova.

E requisitos extrínsecos, tais como, deve ser pessoal, expressa, feita perante a autoridade competente, deve ser livre e espontânea, saúde mental do confitente deve estar em ordem.

Importante constar a súmula n.º 545 do STJ, a qual assegura que sempre que a confissão for utilizada para formar o convencimento do julgador, haverá a incidência da atenuante.

Ainda que se trate de confissão qualificada incidirá a atenuante (HC 398613/RJ. Jorge Mussi. DJe 28.06.2017).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO NÃO ESPECIFICADO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. EXISTÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A FRAÇÃO ESCOLHIDA E A MOTIVAÇÃO APRESENTADA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO PARA 1/6 (UM SEXTO). ILEGALIDADE DEMONSTRADA. 1. O quantum de aumento pela agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo ser observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena. 2. Verificando-se a existência de única condenação anterior transitada em julgado, mostra-se inidônea a motivação apresentada para a manutenção do aumento da pena em patamar superior a 1/6 (um sexto), na segunda etapa da dosimetria, pelo reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP. Precedentes do STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, D, DO CP. CONFISSÃO PARCIAL DA PRÁTICA DELITIVA. IRRELEVÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo. 2. Assim, tendo o paciente confessado o crime, merece ser concedida a ordem para reconhecer a incidência da referida atenuante. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUESITOS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao examinar os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752/RS, firmou o entendimento de que, por serem igualmente preponderantes, é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, devendo, contudo, o julgador

atentar para as singularidades do caso concreto. 2. Assim, tendo o paciente confessado o crime, merece ser compensada a referida atenuante com a reincidência. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem. 2. Há constrangimento ilegal quando a reprimenda é exasperada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Enunciado 443 da Súmula deste Sodalício). 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e multa. (HC 398.613/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017)

2.14.4 Confissão Ficta

A confissão ficta ou presumida não se verifica no processo penal, em virtude da verdade real que norteia o processo penal. Ainda que o processo corra à revelia do réu, não haverá presunção de veracidade dos fatos alegados pela acusação.

2.14.5 Confissão Delatória ou Chamada de Corréu

Ocorre quando um réu, no interrogatório, imputa a terceiro a responsabilidade pela prática do crime, além de confessar sua própria participação. No tocante a imputação a terceiro, seu valor equivale à prova testemunhal, havendo a possibilidade de reperguntas pelas partes. Para alguns autores, no entanto, a confissão delatória é uma prova nula, pois não se sujeita ao princípio do contraditório, uma vez que nem o corréu delatado nem seu advogado acompanham o interrogatório do delator.

2.15 Perícias

A perícia é um exame realizado por quem tem conhecimento técnico específico. Sua finalidade é prestar auxílio ao juiz em questões fora de sua área de conhecimento profissional.

A natureza jurídica da perícia é um meio de prova nominado. Seu valor probatório é idêntico ao dos demais meios de prova.

A perícia pode ser realizada a qualquer momento, desde o Inquérito Policial até a execução. Quando realizada no inquérito, a perícia é determinada pela autoridade policial, que pode determinar a realização de qualquer perícia, exceto a perícia de insanidade mental, que somente pode ser determinada pelo juiz. O juiz pode determinar a realização de qualquer perícia. Nos termos do artigo 26, inciso I, alínea “b”, da Lei n. 8.625/93, o promotor pode requisitar perícia dentro de procedimento presidido por ele, como por exemplo, durante inquérito civil.

O juiz, ao apreciar o laudo pericial, não é obrigado a acatá-lo, mas, para afastá-lo, deve fazê-lo fundamentadamente.

O perito é um sujeito processual secundário e, necessariamente, deve ser portador de diploma de curso superior.

O perito pode ser:

Perito oficial: servidor público (que prestou concurso);

Perito não-oficial ou louvado: particular nomeado pela autoridade na falta de perito oficial.

O perito louvado é nomeado pela autoridade policial ou judiciária. Assim que assume o encargo, o perito não-oficial deve prestar o compromisso de bem e fielmente cumprir suas funções (a falta de compromisso é vista como mera irregularidade). Deve portar diploma de curso superior, de preferência na área do exame. Salienta-se que toda a perícia não realizada por perito oficial, deverá ser realizada por dois peritos nomeados (CPP, art. 159, § 1º).

Existiam divergências quanto ao policial poder ser perito não oficial. Para o STJ, basta que o policial tenha a capacidade técnica (AgRg no Resp 1581047/RS – Min. Jorge Mussi. DJe 07.06.2017).

REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. COMPROVAÇÃO. EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. VALIDADE. 1. Para a incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo no delito de furto, o exame de corpo de delito é indispensável à comprovação da materialidade do crime, o qual deve ser realizado por perito oficial,

portador de diploma de curso superior, ou por duas pessoas idôneas, compromissadas e que possuam qualificação técnica, consoante ditames do artigo 159, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal. 2. Considerando que inexistente vedação legal específica, a jurisprudência do STJ considera válida a perícia realizada por policiais diplomados, desde que devidamente nomeados e compromissados para o encargo, tal como ocorreu na espécie. 3. Da leitura dos artigos 158 e 167 do Código de Processo Penal, extrai-se que a perícia somente é essencial para comprovar a materialidade delitiva quando o crime deixa vestígios, admitindo-se a prova testemunhal quando estes não estiverem mais presentes. 4. Por sua vez, o artigo 171 da Lei Penal Adjetiva confirma a necessidade de realização de perícia para a comprovação da qualificadora do rompimento de obstáculo, que somente pode ser substituída por outras provas quando os vestígios desaparecerem, não existirem, ou o exame técnico não for passível de implementação. 5. Na espécie, o laudo foi realizado através dos elementos constantes dos autos, sob a justificativa de que não seria razoável que a vítima mantivesse o local do delito intacto até a realização do exame, diante da vulnerabilidade ao qual sua residência ficou exposta com a quebra do vidro da garagem, circunstância apta para justificar a perícia indireta. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. Condenações criminais transitadas em julgado não podem ser utilizadas para negatar mais de uma circunstância do artigo 59 do Código Penal, na espécie os antecedentes e a personalidade do agente, majorando-se com mais intensidade a pena-base. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício para afastar o desvalor da personalidade, redimensionando a pena privativa de liberdade. (AgRg no REsp 1581047/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 07/06/2017)

As partes não podem interferir na nomeação dos peritos (artigo 276 do Código de Processo Penal). Também, há no Processo Penal a figura do assistente técnico. As partes podem requerer, particularmente, uma perícia e juntá-la aos autos – questão muito polêmica, haja vista que há dúvidas sobre a possibilidade de nomeação de perito assistente em inquérito policial. Quanto a isso, consignamos decisão do STF, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA DO RELATOR PARA DECIDIR MONOCRATICAMENTE O WRIT. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. HIPÓTESES RESTRITAS. NOMEAÇÃO DE

ASSISTENTE TÉCNICO NA FASE INVESTIGATIVA. VIABILIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. 1. O § 1º do art. 21 e o art. 192 do RISTF conferem ao Relator a faculdade de decidir monocraticamente o habeas corpus, nas hipóteses em que enuncia. Inocorrência de transgressão ao princípio da colegialidade. Precedentes: HC 137.265/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 11.4.2017 e HC 138.687-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 1.3.2017. 2. A fase de recebimento da denúncia não é apropriada para a avaliação exaustiva do acervo probatório produzido no curso da investigação (Inq 3984, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe-267 de 16.12.2016). 3. O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é excepcionalíssimo, admitido apenas nos casos de manifesta inépcia da denúncia ou da queixa, falta de pressuposto processual ou condição da ação penal e ausência de justa causa (Inq 2131, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-154 de 7.8.2012). 4. É viável a admissão de documentos apresentados pelas partes sob a roupagem de “perícia técnica”, mas que na verdade não possuem valor jurídico como tal, sendo relegada ao momento de sua valoração a análise quanto à aptidão para provar o fato controvertido. 5. Eventual irregularidade na nomeação de assistente de acusação não implica nulidade processual, mesmo no curso da instrução criminal (AO 1046, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe-042 22.6.2007). Em sendo o entendimento aplicável às hipóteses em que a irregularidade ocorre no curso da ação penal, com mais razão tem incidência nos casos em que a prova é antecipada e produzida na fase de inquérito policial. 6. O entendimento de que os assistentes técnicos somente poderiam atuar durante o curso do processo judicial (§ 5º, art. 159, CPP) é fruto de uma interpretação literal da norma, que não leva em conta o fato de a aludida prova, usualmente produzida durante o curso do processo judicial, poder ser antecipada por determinação do juízo. 7. Não há falar em nulidade por violação do contraditório nas hipóteses em que não é oportunizada a participação imediata do investigado nos atos de investigação, na medida em que ele tem sua participação diferida a momento processual posterior na aludida fase procedimental (AP 565, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe-098 de 23.5.2014). 8. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, HC 154237 AGR/PA Rel. Min. Rosa Weber, DJe 18 dez. 2018)

Na perícia realizada por precatória, quem nomeia o perito é o juiz deprecado. Salvo na Ação Penal privada em que, havendo acordo entre querelante e querelado, a nomeação será feita pelo juiz deprecante (CPP, art.177).

Certo é que o laudo pericial deve conter:

I. histórico e introdução (doutrina);

- II. descrição minuciosa do objeto (Código de Processo Penal);
- III. fundamentação (doutrina);
- IV. respostas aos quesitos (Código de Processo Penal);
- V. conclusão (doutrina).

As partes deverão ser intimadas para que acompanhem a realização da perícia, podendo, inclusive, indicar assistente técnico e quesitos suplementares.

O Exame de Corpo de Delito é o exame pericial obrigatório, destinado a comprovar a materialidade das infrações penais que deixam vestígios, isto é, infrações não transeuntes. Sua falta acarreta a nulidade absoluta do processo. Excepcionalmente, na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, pode ser suprido pela prova testemunhal (CPP, art. 167). A confissão não supre a falta do exame de corpo de delito. Importante consignar as modalidades de exame de corpo de delito. Vejamos.

I – Exame de corpo de delito direto: Trata-se do exame que recai diretamente sobre o corpo de delito. Exemplo: necrópsia.

II – Exame de corpo de delito indireto: Existem duas posições:

a) Posição Restritiva: trata-se da atuação dos peritos sobre outros elementos que não o corpo de delito. Ex.: análise do prontuário médico.

“[...] Em caráter excepcional, no entanto, admite-se que o façam por outros meios de prova em direito admitidos, tais como o exame da ficha clínica do hospital que atendeu a vítima, fotografias, filmes, atestados de outros médicos, entre outros. É o que se chama de exame de corpo de delito indireto. Essa situação pode ser necessária quando, por exemplo, o feto desaparece, após o aborto, mas a gestante foi devidamente atendida por um médico, que tudo registrou em fichas próprias.” (NUCCI, Curso de Processo Penal – livro eletrônico, 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020 p. 704)

b) Posição Ampliativa: É a atuação dos peritos sobre outros elementos, ou seja, repete a primeira posição e a oitiva de testemunhas, nos termos do art. 167 do CPP (AgRg no Resp 1629753/RS. Min. Maria Thereza – DJE 15.12.2016).

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO VÁLIDO.

PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Mostra-se necessária a realização do exame técnico-científico válido para qualificação do crime ou mesmo para sua tipificação, pois o exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem ser mais colhidos. Logo, se era possível a realização da perícia, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal e o exame indireto não suprem a sua ausência. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1629753/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)

O Exame Necroscópico é o exame pericial realizado em cadáver. Seu objetivo é determinar a causa da morte. Só pode ser realizado seis horas após o óbito. Será dispensado em caso de morte natural ou morte violenta.

Lauda ou exame complementar é qualquer perícia que vise complementar a perícia anteriormente realizada. No caso de lesão corporal grave, a perícia complementar deve ser realizada logo depois dos 30 dias da ocorrência do delito.

2.15.1 Cadeia de Custódia

Trata-se do conjunto de medidas a serem tomadas na produção da prova pericial, bem como na guarda do material a ser periciado.

CPP, Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

No STJ existem dois julgados:

a) Se desapareceu o áudio da interceptação telefônica, a transcrição não pode ser mantida nos autos. (HC 160662/RJ. Assuste Magalhães – DJE 17.03.2014).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. (HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014)

b) Se não houve lacre em todo material apreendido será válida a prova (RHC 59414/SP – Reynaldo Soares da Fonseca. DJe 03.08.2017).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE DENUNCIADO POR CRIMES DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO ATIVA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO, DESCAMINHO, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE LACRE EM TODO O MATERIAL APREENDIDO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRESUNÇÃO DE VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. QUESTÃO QUE ENVOLVE APROFUNDADO EXAME DE PROVAS. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS A EMBASAR A DENÚNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. (RHC 59.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 03/08/2017)

2.16 Prova Testemunhal

2.16.1 Conceito

Testemunha é toda pessoa estranha ao processo e equidistante das partes, chamada em Juízo para depor sobre os fatos que caíram sobre seus sentidos.

2.16.2 Classificação

Guilherme de Souza Nucci sustenta não ser cabível a classificação de testemunhas. Para ele, testemunhas depõem sobre fatos que ouviram ou não dizer (NUCCI, Curso de Processo Penal – livro eletrônico, 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020 p. 790-791)

Direta ou “de visu”: depõe sobre os fatos que presenciou, ou seja, teve contato direto;

Indireta ou “de auditu”: depõe sobre os fatos que tomou conhecimento por terceiros, que “ouviu dizer”. Existem duas posições quanto ao tema:

a) É possível pois a lei não proíbe e cabe ao juiz valorar esta prova. Este entendimento está expresso no HC 265842-MG, Nefi Cordeiro, DJe 01.09.16:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM EM PROVAS DO INQUÉRITO POLICIAL. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Alegada nulidade da decisão de pronúncia já foi devidamente analisada e afastada, não havendo que falar em ausência de provas, uma vez que tal tese sequer voltou a ser discutida após a confirmação da decisão pela Corte estadual, em recurso em sentido estrito, sendo incabível agora, após o transcurso de 11 anos, purgar questões processuais sequer discutidas, em respeito à estabilidade jurídica. 3. Não há que falar em ausência de provas para a condenação quando tal questão já foi devidamente analisada e afastada pelas instâncias de origem, oportunidade em que, ao valorarem as provas juntadas aos autos, concluíram pela existência de provas suficientes de autoria, demonstrando por meio dos depoimentos das testemunhas colhidos na fase inquisitorial, e confirmados em juízo, a existência de provas para sustentar a decisão do Conselho de Sentença. 4. A via estreita do habeas corpus não se presta à rediscussão da matéria fático-probatória, devendo a ilegalidade decorrer de fatos incontroversos. Não pode ser no writ enfrentada argumentação dependente de revisão interpretativa dos elementos probatórios dos autos, mas, apenas, a verificação, de plano, de grave violação de direitos do paciente. 5. A pronúncia é reconhecimento de justa causa para a fase do júri, cuja análise não exclui as

provas colhidas no inquérito policial, por tratar-se de indícios. 6. A legislação em vigor admite como prova tanto a testemunha que narra o que presenciou, como aquela que ouviu. A valoração a ser dada a essa prova é critério judicial, motivo pelo qual não há qualquer ilegalidade na prova testemunhal indireta. 7. Não se procede à revisão da dosimetria da pena quando o pleito é formulado de forma genérica, sem a indicação específica da ilegalidade. 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 265.842/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 01/09/2016)

b) Não é possível pois não se admite o depoimento de testemunha baseado em “vox publica”. A testemunha deve depor sobre aquilo que seus sentidos captaram. Resp 1373356-BA, Rogério Schietti, DJe 28.04.17.

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E DESTRUIÇÃO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTO INFORMATIVO COLHIDO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. NÃO CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não sendo exigido, neste momento processual, prova incontroversa da autoria do delito; bastam a existência de indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime. 2. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia sem qualquer lastro probatório, mormente quando os testemunhos colhidos na fase inquisitorial são, nas palavras do Tribunal a quo, "relatos baseados em testemunho por ouvir dizer, [...] que não amparam a autoria para efeito de pronunciar os denunciados" (fl. 1.506). 3. O Tribunal de origem, ao despronunciar os ora recorridos, entendeu "ausentes indícios de autoria e insuficiente o 'hearsay testimony' (testemunho por ouvir dizer)" (fl. 1.506), razão pela qual, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ, torna-se inviável, em recurso especial, a revisão desse entendimento, para reconhecer a existência de prova colhida sob o contraditório judicial apta a autorizar a submissão dos recorridos a julgamento perante o Tribunal do Júri. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1373356/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017)

Própria: presta depoimento acerca do tema *probandu*, do fato objeto da prova;

Imprópria ou instrumentária: é a testemunha chamada a presenciar a prática de atos processuais ou atos do inquérito policial;

Art. 304, CPP - Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

[...]

§ 2o A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3o Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

Referida: são aquelas citadas no depoimento de outra testemunha; serão ouvidas como testemunhas do Juízo;

Informante: são as testemunhas que não prestam compromisso de dizer a verdade;

Numerária: testemunha arrolada pela parte de acordo com o número máximo legal e que são compromissadas (número máximo: oito no processo comum; cinco no processo sumário; cinco no plenário do júri; três no juizado especial criminal);

Extranumerária: não entra no cômputo legal. São as referidas, informantes, testemunhas que nada souberam a respeito dos fatos. É a testemunha que não conta no número máximo de testemunhas. Art. 209, §2º e 401, §1º, CPP.

CPP, Art. 401- Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.

§ 1o Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas.

Testemunha de Beatificação – É a que depõe sobre os antecedentes da pessoa.

2.16.3 Características

Judicialidade: A prova testemunhal é colhida perante o juiz.

Retrospectividade: depõe sobre fatos passados, não se manifestando sobre o futuro.

Oralidade: a prova testemunhal é oral, exceto para o surdo, o surdo-mudo e o mudo. A testemunha não pode trazer o depoimento por escrito, sendo permitida a consulta a apontamentos. Podem responder por escrito: o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Senadores, os Deputados Federais, os Ministros de Estado, os Governadores, os Secretários de Estado, os Prefeitos, os Deputados Estaduais, os Membros do Judiciário, os Membros do Tribunal de Contas da União e os Membros do Tribunal Marítimo.

Exceções:

a) Impossibilidade Física – Se a pessoa é muda não tem como o juiz obrigar a pessoa a depor.

b) Autoridades com prerrogativa prevista no art. 221, §1º - Presidente da República, Presidente do Senado, do Congresso.

Objetividade: é vedado à testemunha emitir opinião pessoal, assim como é defeso ao juiz consigná-la, salvo se inseparável da narrativa.

2.16.4 Deveres da Testemunha

Comparecer no dia, hora e local: se o desrespeitar, a testemunha pode ser conduzida coercitivamente; pode ainda responder por crime de desobediência e pagar multa fixada pelo juiz. O juiz só pode obrigar a comparecer a testemunha que resida dentro dos limites do território da sua jurisdição. As testemunhas residentes em outra comarca (testemunhas de fora da terra) devem ser ouvidas por carta precatória. As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem (artigo 220 do Código de Processo Penal). As autoridades mencionadas no artigo 221 serão inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados entre elas e o juiz.

Atenuações do dever de comparecimento:

- a) Pessoas impossibilitadas de comparecer (Art. 220, CPP). Serão ouvidas onde estiverem;
- b) Autoridades com prerrogativas do art. 221, caput, CPP. Exemplo: O juiz pode escolher a data e o local onde será ouvido. Se a autoridade não exercer a prerrogativa em 30 dias, ela perde a prerrogativa. AP 421 QO-SP, Joaquim Barbosa, DJe 04.02.11.

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL ARROLADO COMO TESTEMUNHA. NÃO INDICAÇÃO DE DIA, HORA E LOCAL PARA A OITIVA OU NÃO COMPARECIMENTO NA DATA JÁ INDICADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O NÃO ATENDIMENTO AO CHAMADO JUDICIAL. DECURSO DE MAIS DE TRINTA DIAS. PERDA DA PRERROGATIVA PREVISTA NO ART. 221, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Passados mais de trinta dias sem que a autoridade que goza da prerrogativa prevista no caput do art. 221 do Código de Processo Penal tenha indicado dia, hora e local para a sua inquirição ou, simplesmente, não tenha comparecido na data, hora e local por ela mesma indicados, como se dá na hipótese, impõe-se a perda dessa especial prerrogativa, sob pena de admitir-se que a autoridade arrolada como testemunha possa, na prática, frustrar a sua oitiva, indefinidamente e sem justa causa. Questão de ordem resolvida no sentido de declarar a perda da prerrogativa prevista no caput do art. 221 do Código de Processo Penal, em relação ao parlamentar arrolado como testemunha que, sem justa causa, não atendeu ao chamado da justiça, por mais de trinta dias. (AP 421 QO, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2009, DJe-023 DIVULG 03-02-2011 PUBLIC 04-02-2011 EMENT VOL-02457-01 PP-00001 RTJ VOL-00222-01 PP-00011)

Comunicar mudança de endereço: “as testemunhas comunicarão ao juiz, dentro de 1 (um) ano, qualquer mudança de residência, sujeitando-se, pela simples omissão, às penas do não-comparecimento” (artigo 224 do Código de Processo Penal).

Depor e dizer a verdade: acerca do que souber e sobre o que lhe for perguntado. O juiz deverá advertir a testemunha das penas do falso testemunho. A testemunha não pode se recusar a depor. O cônjuge, o ascendente, o descendente e o irmão do réu, entretanto, são dispensados de depor, exceto se não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. Eles têm a obrigação de comparecer, mas não de depor. Se vierem a depor, não prestam compromisso de dizer a verdade (artigo 208 do Código de Processo Penal).

Algumas pessoas, em razão da função, ofício, ministério ou profissão que exercem, devem guardar segredo e por isso são proibidas de depor (exemplo: padres, advogados etc.). Poderão depor desde que: 1) sejam desobrigadas pela parte beneficiada pelo sigilo; 2) queiram depor. Observe-se que a lei não dispensa essas pessoas de prestarem compromisso de dizer a verdade, caso elas queiram depor. Assim, se mentirem, não há dúvidas de que poderão responder pelo crime de falso testemunho.

Observação: função pressupõe atividade de natureza pública; ofício diz respeito a atividade predominantemente manual (exemplo: mecânico, sapateiro etc.); ministério trata-se de atividade de cunho eclesiástico ou assistencial; e profissão refere-se à atividade predominantemente intelectual (exemplo: advogado, psicólogo etc.) (MIRABETE, Código de Processo Penal interpretado. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 488).

Eugênio Pacelli assevera:

“[...] o que deve efetivamente ser levado em conta é o nexo causal que deverá existir entre o conhecimento do fato criminoso e a relação (profissional, funcional, ministerial etc.) mantida entre o acusado e a testemunha proibida. E mais: será preciso também que o dever de segredo resulte de lei, como ocorre em algumas profissões regulamentadas, ou de outra modalidade de normas, cuja validade seja geral, isto é, não limitada aos interesses de determinados grupos.

Assim, estão proibidos de depor os padres ou pastores de quaisquer religiões, os advogados, os médicos, os psicólogos e psiquiatras que tenham conhecimento dos fatos a partir do exercício das respectivas funções. O Superior Tribunal de Justiça incluiu o contador (profissional da Contabilidade) dentre aqueles que estariam proibidos de depor sobre fatos cujo conhecimento decorresse exclusivamente do regular exercício de sua função (STJ – Recurso Ordinário em MS 17.783-SP, Rel. Min. Felix Fischer, 6.4.2004)” (Curso de Processo Penal – livro eletrônico, 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 524)

2.16.5 Informantes

Informantes são as pessoas que não prestam compromisso de dizer a verdade. São os menores de 14 (quatorze) anos e os deficientes mentais.

Aury Lopes Júnior diz:

“são aquelas pessoas que não prestam compromisso de dizer a verdade e, portanto, não podem responder pelo delito de falso testemunho (até porque, a rigor, não são testemunhas, mas meros informantes). Por não prestarem compromisso, não entram no limite numérico das testemunhas, não sendo computadas. Seu depoimento deve ser valorado com reservas, conforme os motivos que lhes impeçam de ser compromissadas.” (Direito processual penal – livro digital, 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 723-724).

2.16.6 Contradita

É o meio adequado de se arguir a suspeição ou a inidoneidade da testemunha. O momento de se contraditar é logo após a qualificação da testemunha. Se contraditada, o juiz ouve a parte contrária e decide antes de iniciar a oitiva da testemunha. O juiz poderá ouvi-la como informante.

2.16.7 Intimação

Apesar da lei referir-se à intimação, doutrinariamente trata-se de notificação, pois a testemunha é comunicada sobre a realização de ato futuro.

As testemunhas são notificadas por mandado cumprido por oficial de justiça.

O preso deve ser requisitado.

O militar deve ser requisitado à autoridade superior.

O funcionário público deve ser notificado por mandado, devendo a expedição do mandado ser imediatamente comunicada ao chefe da repartição (artigo 221, § 3.º, do Código de Processo Penal). Atente-se para o fato de que o Código de Processo Civil (artigo 412, § 2.º) exige que o funcionário público seja requisitado ao chefe da repartição.

2.16.8 Sistema de Inquirição

O sistema de inquirição vigente não é o presidencialista ou do exame judicial. O sistema adotado hoje é o do exame direto, onde as perguntas são feitas direta e primeiramente pelas partes e antes que o juiz possa fazer as suas perguntas, com a intenção principal de dar ainda mais isenção à prestação jurisdicional. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida” (artigo 212 do Código de Processo Penal).

2.17 Prova Documental

Instrumento: destinado a fazer prova

Papel: destinado a outro fim, mas que é utilizado como prova

Poderão ser apresentados em qualquer fase do processo, exceto até três dias antes da realização do júri.

Guilherme de Souza Nucci assevera que toda base material que sirva para demonstrar e provar um fato ou acontecimento jurídico, quais sejam, escritos, DVD, CD, fotos etc. (NUCCI, Curso de Processo Penal – livro eletrônico, 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020 p. 847).

2.18 Reconhecimento de Coisa e de Pessoas

“É o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa” (NUCCI, Curso de Processo Penal – livro eletrônico, 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020 p. 834).

2.19 Acareação

“É o ato processual, presidido pelo juiz, que coloca frente a frente os depoentes, confrontando e comparando declarações contraditórias ou divergentes, no processo, visando à

busca da verdade real. Registremos que a acareação, tal como prevista no Capítulo VIII do Título VII, pode ser realizada igualmente na fase policial (art. 6.º, VI, CPP)” (NUCCI, Curso de Processo Penal – livro eletrônico, 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020 p. 842).

2.20 Ofendido

O ofendido será ouvido sempre que possível. A esse meio de prova se aplicam as mesmas regras da prova testemunhal, observado o seguinte:

I- Vítima presta declarações e não depoimento.

II- Vítima não é computada no número legal de testemunhas.

III- Vítima não responde pelo crime de falso testemunho (observação: se der causa a investigação policial ou a processo judicial, imputando a alguém crime de que o sabe inocente, responderá pelo crime de denunciação caluniosa).

· IV- Vítima não precisa ser arrolada pelas partes, devendo ser ouvida de ofício pelo juiz.

Para o Supremo o juiz pode indeferir a oitiva da vítima de maneira motivada (HC 131158-RS, Edson Fachin, DJe 14.09.16).

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CASO BOATE KISS. ACUSAÇÃO DE HOMICÍDIO CONSUMADO E TENTADO PRATICADO CONTRA CENTENAS DE PESSOAS. OITIVA DE TODAS AS VÍTIMAS. PRESCINDIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO ROL DE VÍTIMAS. ADITAMENTO. RITO DO TRIBUNAL DO JÚRI. NÚMERO DE TESTEMUNHAS. ESPECIALIDADE. DENÚNCIA APRESENTADA FORA DO PRAZO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA NEUTRA QUANTO À OPORTUNIDADE DE INDICAÇÃO DE TESTEMUNHAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Não merece conhecimento o habeas corpus que funciona como sucedâneo de recurso extraordinário. 2. A obrigatoriedade de oitiva da vítima deve ser compreendida à luz da razoabilidade e da utilidade prática da colheita da referida prova. Hipótese de imputação da prática de 638 (seiscentos e trinta e oito) homicídios tentados, a revelar que a inquirição da integralidade dos ofendidos constitui medida impraticável. Indicação motivada da dispensabilidade das inquirições para

informar o convencimento do Juízo, forte em critérios de persuasão racional, que, a teor do artigo 400, §1º, CPP, alcançam a fase de admissão da prova. Ausência de cerceamento de defesa. 3. A inclusão de novas vítimas, ainda que de expressão reduzida no amplo contexto da apuração em Juízo, importa alteração do resultado jurídico da conduta imputada e, por conseguinte, interfere na própria constituição do fato típico. Daí que, por não se tratar de erro material, exige-se a complementação da acusação que, contudo, não se submete a formalidades excessivas. A petição do Ministério Público que esclarece referidas circunstâncias e as atribuem aos denunciados atende ao figurino constitucional do devido processo legal. 4. O rito especial do Tribunal do Júri limita o número de testemunhas a serem inquiridas e, ao contrário do procedimento comum, não exclui dessa contagem as testemunhas que não prestam compromisso legal. Ausência de lacuna a ensejar a aplicação de norma geral, preservando-se, bem por isso, a imperatividade da regra especial. 5. A inobservância do prazo para oferecimento da denúncia não contamina o direito de apresentação do rol de testemunhas, cuja exibição associa-se ao ato processual acusatório, ainda que extemporâneo. Assim, o apontamento de testemunhas pela acusação submete-se à preclusão consumativa, e não a critérios de ordem temporal, já que o prazo para formalização da peça acusatória é de natureza imprópria. 6. Impetração não conhecida. (HC 131158, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 13-09-2016 PUBLIC 14-09-2016)

A vítima será intimada sobre determinados atos como entrada e saída do réu da prisão e receberá cópia da sentença e do acórdão.

A pedido da vítima a intimação poderá ser feita pela via eletrônica.

3 A PROVA ILÍCITA

A Constituição Federal de 1988 estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O Código de Processo Penal, segue o mandamento constitucional:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Fernando Capez aduz que “quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita” (CAPEZ, 2007, p. 288). Luiz Flávio Gomes diz que “provas ilícitas, por força da nova redação dada ao art. 157 do CPP, são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (GOMES, 2008, p. 35).

Prova ilícita é a prova produzida com desrespeito à regra de direito material. Exemplo: confissão mediante tortura. Já a prova ilegítima é a prova produzida com desrespeito à regra de direito processual. Exemplo: exibição em plenário de documento sem dar ciência à parte contrária com pelo menos três dias de antecedência.

Muitos doutrinadores não fazem a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, assevera:

Ilícito advém do latim (*illicitus* = *il* + *licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima (NUCCI, 2008, 349)

Ocorre que essa distinção é amplamente aceitável e foi empregada por Ada Pellegrini Grinover que, baseando-se em Pietro Nuvolone, argumenta que provas contrárias à lei pertencem ao gênero das provas ilegais, e, conseqüentemente, por sua vez, dividem-se em duas espécies:

provas ilegítimas e provas ilícitas (Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 98-99). Salienta-se que essa distinção foi expressamente acolhida pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 69.912-0/RS (LEX-STF 183/320).

Conforme Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAES, 2011, p. 117)

No Brasil adota-se a “teoria dos frutos da árvore envenenada” trazida do direito norte-americano, positivada após a reforma processual de 2008. Segundo essa teoria, a prova, ainda que lícita, mas decorrente de outra prova ilícita, não pode ser aceita. Exemplo: o réu, mediante tortura, aponta três testemunhas. Essas testemunhas são chamadas a Juízo. A oitiva dessas testemunhas, apesar de lícita, será considerada ilícita, pois se originou de uma prova ilícita. Não poderá ser aceita.

Quanto à prova ilícita por derivação, Fernando da Costa Tourinho,

“Na verdade, ao lado das provas ilícitas, temos a doutrina do *fruit of the poisonous tree*, ou simplesmente *fruit doctrine*, “frutos da árvore envenenada”, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961, United States, 251 US 385 (1920), quando a corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. Nisso Consiste a doutrina do fruto da árvore envenenada. Aliás, a Suprema Corte já vinha sufragando a tese de inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou da doutrina denominada *fruit of the poisonous tree*. No Habeas Corpus n. 69.912/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, como relator, observou: ‘Vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nelas colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida’(informativo STF n. 36, de 21-6-1996) (2009, p.533)

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 93050/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 1º de agosto de 2008).

A Prova Ilícita Derivada, Prova Ilícita por Derivação ou Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada tem origem no julgamento de *Silverthorne, Lumber & Co x EUA*, 1920. E o nome da teoria surge no caso *Nardone x EUA* de 1937.

Para essa teoria a prova ilícita contamina toda a prova que dela derive dentro de um nexo de causalidade e seus efeitos são os mesmos que a prova ilícita originária. No Brasil a CF não prevê e o CPP prevê no art. 157, §1º.

Art. 157 do CPP - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

O juiz precisa dizer quais provas estão afetadas pela ilicitude (HC 301488-MT, Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 06.09.16).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO. 1. CRIMES DE HOMICÍDIO. DESMEMBRAMENTO NA ORIGEM. NULIDADE DE PROVA RECONHECIDA EM 2011 NO PROCESSO DO PACIENTE. IRRESIGNAÇÃO NO WRIT QUANTO ÀS PROVAS DERIVADAS. INSURGÊNCIA DA PETICIONÁRIA 5 ANOS DEPOIS. 2. SITUAÇÕES DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIA IRRESIGNAÇÃO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO SOBRE UTILIZAÇÃO DE PROVAS DERIVADAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. 3. SITUAÇÃO NÃO SUBMETIDA AO CRIVO PRÉVIO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 4. PEDIDO INDEFERIDO. 1. O fato de a prova anulada ter sido juntada aos autos em seu nascedouro revela apenas que sua anulação pelo magistrado de origem beneficiou a todos que haviam sido implicados em virtude da referida prova ilícita. Nada obstante, a peticionária apenas tomou conhecimento da decisão de nulidade com a publicação do voto proferido no presente writ, ou seja, mais de 5 (cinco) anos após sua prolação. 2. Manifesta, portanto, a ausência de identidade de situações, pois, se nem a prova nula em si havia sido questionada pela peticionária, provavelmente por não a envolver, não é possível considerar que as eventuais provas derivadas, cujo exame se determinou à origem, geram-lhe constrangimento ilegal, uma vez que a petição não traz nenhuma informação nesse sentido. 3. Não há notícia de que as instâncias ordinárias se manifestaram sobre eventual utilização da prova considerada nula ou de provas derivadas em desfavor da peticionária, razão pela qual o exame inaugural da matéria por esta Corte revelaria indevida supressão de instância. 4. Pedido de extensão indeferido. (PExt no HC 301.488/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016)

A hipótese de admissibilidade da Prova Ilícita Derivada se encontra na Teoria do Nexo Causal Atenuado ou Teoria da Contaminação Expurgada ou da Conexão Atenuada ou do Vício Diluído (*purged taint limitation*). Seu aspecto mais remoto é o julgamento Wong Sun x EUA, 1963 e com mais abrangência o julgamento Gafgen x Alemanha, 2005, na Corte Europeia de Direitos Humanos.

No Brasil, a prova derivada pode ser utilizada quando o nexo de causalidade com a prova originária for tênue ou inexistente. No Brasil já foi discutida no HC 116931 – RJ, Teori Zavascki.

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO PREMATURA DA AÇÃO PENAL. ACUSAÇÃO BASEADA EM PROVAS RECONHECIDAS COMO ILÍCITAS PELO STJ. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS IDÔNEOS PARA EMBASAR A DENÚNCIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS NA VIA DO HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a extinção da ação penal, de forma prematura, pela via do habeas corpus, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais seja patente (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de alguma causa extintiva da punibilidade, o que não ocorreu no caso. 2. Evidenciada, pela instância ordinária, a ausência de nexo de causalidade, não há falar que a prova declarada ilícita contaminou o suporte probatório embasador da sentença condenatória (CPP, art. 157, § 1º). Ademais, não sendo perceptível prima facie a derivação da prova, torna-se inviável, ao menos na via do habeas corpus, cotejar os inúmeros elementos de convicção trazidos aos autos e modificar a conclusão exarada pelo juízo sentenciante. 3. Ordem denegada. (HC 116931, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015) 07.05.2015.

A hipótese de admissibilidade da Prova Ilícita Derivada também se encontra na Teoria da Descoberta Inevitável. Seu aspecto mais remoto é o julgamento Nix vs Willians, 1984.

A prova ilícita derivada pode ser utilizada quando se analisa os métodos típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal e se percebe que a prova seria descoberta de qualquer forma.

No Brasil esta teoria é discutida na jurisprudência Resp 1630097-RJ, Joel Ilan Paciornik, DJe 28.04.17.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA OBTIDA DE CONVERSA TRAVADA POR FUNÇÃO VIVA-VOZ DO APARELHO CELULAR DO SUSPEITO. DÚVIDAS QUANTO AO CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCOBERTA INEVITÁVEL. INOCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO MANTIDO. RECURSO

ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão. 2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa. 3. O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente. 4. Está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódoa de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita. 5. Recurso especial desprovido. (REsp 1630097/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 28/04/2017)

A hipótese de admissibilidade da Prova Ilícita Derivada também se encontra na Teoria da Fonte Independente. Seu aspecto mais remoto é o caso *Bynum vs EUA*, 1960 – Corte de apelação de Columbia e no caso da Suprema Corte dos EUA *Murray x EUA*, 1988.

Quando há duas fontes concretas de prova uma ilícita e a outra lícita afasta-se a ilícita e admite-se a lícita.

No Brasil, HC 378374-MG, Maria Thereza, DJe 30.03.17.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PROCESSO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO DE DROGAS. EXTRAÇÃO DE FOTO DO APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO AOS DADOS. DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. NULIDADE DA PROVA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. FONTES INDEPENDENTES. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS.

FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Conforme entendimento recentemente adotado no STJ, é ilícito, como regra, o acesso a dados mantidos em aparelho celular diretamente por autoridades policiais, sem prévia autorização judicial. 2. Hipótese em que não restou demonstrada nenhuma razão no celular da testemunha, esta prestou voluntariamente informações às autoridades policiais, as quais, diligenciando prontamente ao local indicado, prenderam o paciente em flagrante, na posse ilegal de arma de fogo e de drogas. 6. A manifestação voluntária da testemunha consubstancia, na linha da jurisprudência pátria, fonte independente, de modo que as provas assim obtidas apresentam-se como autônomas, não restando evidenciado nexo causal com a ilicitude originária. 7. Ausência de ilegalidade flagrante. Writ não conhecido. (HC 378.374/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 30/03/2017)

Existem algumas hipóteses de admissibilidade da prova ilícita, são elas:

Exceção de Boa Fé que pode ser encontrada no julgamento Estados Unidos vs Leon de 1984. A função de *deterrence* (contenção) da prova ilícita é dirigida à polícia e se ela estiver munida de um mandado não haverá ilicitude da prova. Essa teoria ainda não adotada no Brasil, porém prevista nas 10 medidas contra a corrupção do MP.

Exceção de Erro Inócuo que pode ser encontrada no julgamento Chapman vs Califórnia de 1967. A prova ilícita pode ser utilizada desde que não seja a única fonte de prova. Essa teoria já foi utilizada no Brasil, embora não mencionado seu nome. HC 342512 PR, Relator Sebastião Reis Júnior. DJE 29.02.2016.

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. HOMICÍDIO OCORRIDO NO TRÂNSITO. ILEGALIDADE DO TESTE DE ALCOOLEMIA REALIZADO NO RÉU INCONSCIENTE. EXCLUSÃO DA DENÚNCIA DE REFERÊNCIA A TAL PROVA, CONSIDERADA ILÍCITA. DESCABIMENTO. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA CAPAZES DE DEMONSTRAR A EMBRIAGUEZ, BEM COMO A AUTORIA E A MATERIALIDADE DELITIVAS. AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. MATÉRIA TRAZIDA NA IMPETRAÇÃO JÁ DECIDIDA NO ARESP N. 739.762/PR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. 2. As mesmas questões

trazidas na presente impetração já foram suscitadas e decididas nos autos do AREsp n. 739.762/PR, ao qual neguei provimento em 5/11/2015; interposto agravo regimental, foi-lhe negado provimento pela Sexta Turma em julgamento finalizado no dia 4/2/16, acórdão publicado no DJe de 23/2/2016. Inviável nova análise da matéria nesta Corte. 3. Constrangimento ilegal não evidenciado. Independentemente da prova pericial tida por ilícita (teste de alcoolemia), há nos autos principais diversos depoimentos, inclusive do próprio paciente, admitindo a ingestão de bebida alcóolica anteriormente aos fatos, assim como dos socorristas e do médico quanto aos indícios de embriaguez, em razão do hálito etílico do ora paciente, além das testemunhas que informam que o acusado teria ingerido algumas garrafas de vinho juntamente com um amigo e deixado o restaurante conduzindo seu veículo Passat em alta velocidade e em aparente estado de embriaguez, elementos que não são derivados da prova pericial. Questão que deve ser submetida ao Conselho de Sentença para que forme o convencimento acerca do elemento subjetivo dos homicídios imputados. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 342.512/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 29/03/2016).

Proporcionalidade ou Restrição das Restrições que também é chamada de teoria da restrição das restrições. Surge na Corte Constitucional Alemã (BVG) no chamado caso das farmácias. Para tal teoria se utiliza degraus, quais sejam, adequação (uma medida é adequada se ela é capaz de estimular a obtenção do resultado pretendido), necessidade (uma medida necessária se não há outra que produza resultado de igual intensidade e viole menos os direitos fundamentais) e proporcionalidade (é a ponderação dos valores envolvidos).

A análise dos elementos da proporcionalidade no caso concreto se chama teste da proporcionalidade.

O Supremo já utilizou essa teoria para analisar se a quebra de sigilo bancário era lícita ou não. Inq 3922 AgR CE, Relator Dias Toffoli. DJE 29.02.16.

EMENTA Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Afastamento de sigilo bancário. Deferimento pelo relator. Motivação per relationem. Admissibilidade. Precedentes. Existência de indícios da existência de uma organização criminosa voltada à prática de crimes contra a administração pública, de fraudes a licitações e de desvio de recursos públicos, bem como da possível participação, em tese, da investigada nesses ilícitos. Imprescindibilidade da diligência para as investigações. Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida. Recurso não provido. 1. O Supremo

Tribunal Federal admite a motivação per relationem, vale dizer, que a decisão judicial faça referência ou remissão aos fundamentos da manifestação do Ministério Público. Precedentes. 2. Diante de indícios da existência de uma organização criminosa voltada à prática de crimes contra a administração pública, de fraudes a licitações e de desvio de recursos públicos, bem como da possível participação da investigada nesses ilícitos, é legítimo o afastamento de seu sigilo bancário. 3. Essa restrição ao direito de intimidade se afigura: i) apta a atingir o resultado proposto, qual seja, demonstração dos ilícitos penais e sua autoria (adequação ou idoneidade); ii) necessária, uma vez que inexistente outro meio alternativo, menos gravoso e igualmente eficaz, para rastreamento do real destino dos recursos supostamente desviados e dos valores eventual e ilícitamente auferidos pela investigada; e iii) proporcional em sentido estrito, uma vez que as vantagens, para a presente investigação, decorrentes do afastamento de seu sigilo bancário, compensam o sacrifício, o ônus imposto a seu direito à intimidade. 4. Agravo regimental não provido. (Inq 3922 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 29-02-2016 PUBLIC 01-03-2016)

Cenário da Bomba Relógio

a) Admissão da Tortura, na qual, baseiam-se no pensamento utilitarista de Stuart Mill e Jeremy Bentham. O maior bem para a maior quantidade de pessoas.

b) Negação da Tortura, na qual, sustentam um posicionamento de Immanuel Kant – Dignidade da pessoa humana que não admite ser utilizada como instrumento. A corte interamericana de direitos humanos diz que a vedação da tortura tem caráter absoluto. Caso Pollo Rivera vs Peru.

4 O USO DA PROVA ILÍCITA EM MALÉFICIO DO RÉU

Uma das hipóteses para o uso da prova ilícita em malefício do réu é o que vimos anteriormente acerca do cenário da bomba-relógio.

Antônio Scarance Fernandes esclarecer que “outros entendem que o princípio também pode servir à acusação, justificando-se com a aplicação do princípio da isonomia, principalmente em face da crescente criminalidade organizada” (1999, p. 82)

Andrey Borges de Mendonça

[...] a questão da proporcionalidade em desfavor do cidadão. Segundo os defensores desta tese, “a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade” (2009, p. 166)

Aquere defende que:

Logo, para aqueles que defendem a utilização da prova ilícita pro societate inúmeros são os motivos de tal admissão: a necessidade de fortalecimento da segurança pública, ameaçada pelo crime organizado nas grandes metrópoles; a existência de um —direito fundamental à proteção social, capaz de legitimar a aplicação da proporcionalidade em defesa da coletividade; a importância da busca pela justiça; porque a admissibilidade da prova ilícita somente em favor do réu fere a isonomia das partes no processo penal; não há qualquer inconveniente em na utilização da versão pro societate em hipóteses de excepcional gravidade e, ainda assim, mediante circunstanciada motivação judicial; entre várias outras razões. (Aquere, 2010, p.23)

Fernando Capez,

Mais delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade pro societate. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e

avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade? (2007, p. 35)

Avena exemplifica que em geral a admissibilidade da prova em favor da acusação paira em situações excepcionais na busca da verdade real e ainda atende dois fundamentos basilares da segurança coletiva, o da prevenção geral e especial, conforme aduz:

“Ora, o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade. Para tanto, é preciso que se reconstituam os fatos de forma a se descobrir como, efetivamente, ocorreram. Nessa reconstrução, a regra, indubitavelmente, deve ser a licitude da prova. Independentemente disto, pensamos, mais uma vez contrapondo a orientação majoritária, que a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5. caput, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos. A admissão excepcional da prova ilícita pro societate, quando ausente outra forma de alcançar a responsabilização penal nos crimes de mal coletivo (frisa-se: apenas neste caso e observadas às peculiaridades da prova), parece justificar-se ainda em questões relacionadas às chamadas prevenção geral e prevenção especial – a primeira, sustentada na circunstância de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilicitamente obtidas já consistiria, por si, em espécie de advertência para que os integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes; já a segunda, dirigida ao delinquente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.” (Avena, 2015, p.357)

Leandro Cadenas Prado é objetivo e direto ao se posicionar frente a impossibilidade do Estado utilizar provas ilícitas, afirmando que “não pode o Estado fazer uso de uma prova ilícita para condenar um réu” (2009, p. 32)

Levy Emanuel Magno

“Há alguns doutrinadores que admitem a possibilidade de admissão da prova ilícita em favor da sociedade, sobretudo quando no evento criminoso estiverem envolvidas

organizações criminosas. Diante da gravidade dos delitos e do desassossego social causado pelas instituições criminosas, seria possível. Nesse sentido: Barbosa Moreira, Antonio Scarance Fernandes e Eugênio Pacelli de Oliveira. Apesar do esforço doutrinário em construir uma argumentação autorizadora da utilização da prova ilícita em favor da sociedade, o Supremo Tribunal Federal afasta, como regra, esse entendimento. Para a Suprema Corte, não é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade no sentido de se admitirem provas ilícitas em favor da sociedade” (Curso de Processo Penal Didático, São Paulo: Atlas, 2013, p. 465).

Portanto, em que pese a ginástica em autorizar a admissibilidade da prova em favor da acusação, não nos parece adequado, razoável e proporcional. Salientamos que o *jus puniendi* é altamente agressivo e devastador, ou seja, a acusação tem total poder para buscar as provas lícitas necessárias e verificar se há crime ou não. Em nossa concepção, caso a prova de que há o cometimento de um crime seja descoberta por meio ilícito, a valoração de tal seria de um indício e, por óbvio, haveria a possibilidade de apuração por meio da persecução penal.

5 O USO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU

Renato Brasileiro Lima traz importante lição:

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutra giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova (LIMA, 2016, p. 848)

Eugenio Pacelli segue o mesmo raciocínio:

O aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que: a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente geral da ilicitude (não só penal!); o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular (PACELLI, 2017, p. 132)

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei é de aceitação unânime pela doutrina e jurisprudência. Até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais de antijuridicidade, como a legítima defesa (AVOLIO, 1995, p. 66).

Aury Lopes Júnior também traz o mesmo pensar:

Situação típica é aquela em que o réu, injustamente acusado de um delito que não cometeu, viola o direito à intimidade, imagem, inviolabilidade do domicílio, das comunicações, etc. de alguém para obter prova de sua inocência. (...) Desnecessário argumentar que a condenação de um inocente fere de morte valor “justiça”, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal (LOPES JR., 2018, p. 398-399).

Não é diferente o que diz Vicente Greco Filho, *verbis*:

Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas (...) (GRECO FILHO, 2015, p. 223).

Dessa maneira, a prova ilícita pode ser utilizada para a absolvição do acusado. O “*status libertatis*” prevalece sobre a proibição da prova ilícita. Prevalece que a pessoa que comete crime para provar a sua inocência será absolvida por causa excludente da ilicitude (PACELLI, 2017, p. 132). Ocorre que, conforme Guilherme Madeira Dezem, a causa excludente da ilicitude, qualquer que seja, não admite o sacrifício do bem de maior valor em detrimento do bem de menor valor, uma vez que isto fere diretamente o princípio da proporcionalidade (Curso de Processo Penal – livro eletrônico, 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 209-210).

O entendimento de Guilherme Madeira Dezem ((Curso de Processo Penal – livro eletrônico, 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016) é que existem algumas restrições para que a prova ilícita seja utilizada para a absolvição do acusado:

I – O crime não pode ser mais grave do que o imputado;

II – O crime não pode ser contra a vida (art. 5º, CF), a vida não pode ser sacrificada pela liberdade;

CF, Art. 5º da CF - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

III – O crime não pode ser de tortura pois para a Corte Interamericana de Direitos Humanos a proibição da tortura tem caráter absoluto (caso Pollo Rivera x Peru, 21.10.16). A Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou o Estado do Peru internacionalmente responsável pela violação de direitos humanos em detrimento do senhor Pollo Rivera. Além disso, o Estado foi considerado responsável pela violação do direito de integridade pessoal, nos termos dos artigos 5.1 e 1.1 da Convenção.

Verifica-se que entre 1992 e 1994, o Sr. Pollo Rivera, médico de profissão, foi preso por alegadas acusações de terrorismo e, depois de ter sido submetido a atos de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, foi processado nos tribunais militares pelo crime de traição e na jurisdição penal ordinária pelo crime de terrorismo, em que foi absolvido. Posteriormente, ele foi novamente preso em 2003 e foi julgado e condenado por outros fatos alegados na jurisdição penal ordinária pelo crime de colaboração com o terrorismo pelo alegado desempenho de atos médicos a favor de membros do grupo terrorista Sendero Luminoso.

Em nosso pensar, o entendimento acima exarado se traduz proporcional.

6 A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE

O pós-positivismo estabelece o encontro da lei com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico as ideias de justiça, dignidade e legitimidade, materializadas em princípios, assim nominados os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar.

Bonavides (2006, p. 271) afirma que “tendo ocorrido já tanto aquela maturidade do processo histórico como a sua evolução terminal – a que se reportou o conspícuo Jurista – faz-se, agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”.

Correia (2009, p. 33) diz que princípios são os princípios são “enunciados normativos que irradiam valores nucleares hauridos da própria existência social, conferindo feição própria a um determinado sistema jurídico”. E continua:

[...] constituem, por assim dizer, opções ideológicas que restaram expressa ou implicitamente positivadas nos textos constitucionais, ora porque foram genericamente legitimadas pela aceitação social, ora por terem sido fruto de conquistas históricas e políticas do indivíduo ou da própria coletividade. [...] Em virtude da relevância que foram assumindo, os postulados de direito penal passaram a ter como morada natural a própria Constituição, dirigindo-se tanto ao legislador, como ao aplicador da lei. (CORREIA, 2009, p. 33).

Ruy Samuel Espíndola, afirma que a primeira diferença entre princípios e regras reconhecida, proposta por Boulanger, trata das generalidades dessas duas espécies de normas:

[...] a generalidade da regra jurídica não deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio. [...] a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Isso não obstante, ela é especial na medida em que regula senão tais atos ou tais fatos: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações (1999, p. 64).

Quanto ao critério da dimensão de peso, o filósofo e jurista estadunidense Ronald Dworkin explica o seguinte:

“os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos

compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não poder ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” (2002, p. 35-36).

Valeschka e Silva Braga afirma que em casos de conflitos, as regras se excluem e os princípios são sopesados e haverá a primazia do que tiver maior importância no caso concreto (2009, p. 43)

Robert Alexy assevera que existem conflitos de regras e colisões de princípios. Os conflitos de regras se concluem na dimensão da validade (se há conflito entre duas regras uma é válida e a outra não), e a colisão de princípios se conclui na dimensão do peso (se há colisão entre dois princípios, os dois são válidos, mas aplica-se o que tiver o maior peso, naquele caso). o ponto decisivo para a diferenciação entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Ao contrário, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Ele afirma que toda norma é uma regra ou um princípio (2001, p. 81-82 e 86 e 87).

Humberto Ávila traz um outro posicionamento:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado

de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (2003, p. 70).

Quanto aos critérios ou graus para a distinção de princípios e regras, Braga diz:

a) abstração – os primeiros são altamente abstratos e vagos, enquanto as segundas possuem menor grau de abstração; b) determinabilidade – enquanto os princípios, em virtude do seu alto grau de vagueza e indeterminação, necessitam ser concretizados através de outras normas, as regras possuem aplicação direta e imediata, sendo mais fácil apontar a ocorrência de violação a um princípio do que definir-lhe o conteúdo, pois o seu raio de atuação é maior do que a das regras; c) fundamentalidade no sistema – os princípios fundamentam todo o ordenamento jurídico, e, por isso, possuem maior importância que as regras, preponderando sobre estas, portanto; d) proximidade da idéia de direito – os princípios são baseados no ideal de justiça, tendo acentuada carga valorativa, enquanto as regras possuem conteúdo funcional; e) natureza normogênica – as regras decorrem dos princípios (2009, p. 40)

Aristóteles defendia uma justiça distributiva baseada na equidade e prudência, afirmando que a “justiça realiza um certo tipo de proporção”. Conclui que o proporcional é o justo, e que injusto seria não aceitar essa proporção (1997, p. 20-21)

Braga diz que

[...] a idéia inicial de proporcionalidade (não expressa) foi vinculada à de limitação administrativa, e se desenvolveu através da jurisprudência do Conselho de Estado nos *recours pous excès de pouvoir*, onde a doutrina do *détournement de pouvoir* ou teoria do desvio de poder tomou fôlego, disseminando a idéia de que os atos administrativos poderiam ser controlados, nos casos de desvio de finalidade (2009, p. 95)

Leonardo Ferraz assevera com clareza que o princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre fim que se pretende alcançar e o meio utilizado seja adequada, necessária e proporcional (2009, p. 86). Paulo Bonavides, por sua vez, diz que

“O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da

essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a limitação do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade” (2006, p. 434-435)

Raquel Denize Stumm salienta que o princípio da proporcionalidade encontra guarida no devido processo legal:

A fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados. O núcleo essencial dos direitos fundamentais deve sempre ser resguardado de arbitrariedades, ou de excessos cometidos contra eles. Nesse sentido, tem o princípio da proporcionalidade um papel importantíssimo para a racionalidade do Estado de Direito: a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o princípio do devido processo legal tem a sua razão de existência no Estado de Direito e é procedimentalizado pelo princípio da proporcionalidade, que é um princípio jurídicomaterial. (1995, p. 173)

Guerra Filho objetiva que o princípio da proporcionalidade é independente e não deriva ou dependa de qualquer outro princípio. Para ele, a ausência de uma referência explícita ao princípio na Constituição não obstaculiza o reconhecimento de sua existência positiva (2001, p. 64 e 83-84).

O princípio da proporcionalidade, em nosso entender, está implícito na Constituição, uma vez que, quando de um conflito entre direitos fundamentais, há a análise do que é proporcional.

Para Luís Roberto Barroso, proporcionalidade e razoabilidade são sinônimos e se traduzem na ideia de justiça e do devido processo legal, com a finalidade de alcançar os objetivos da Constituição (2004, p. 372-373).

7 A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE COMO JUSTIFICANTE DO USO DA PROVA ILÍCITA EM BENEFÍCIO DO RÉU

A fim de analisarmos a proporcionalidade e a razoabilidade como justificante do uso da prova ilícita em benefício do réu, certo é tecer alguns comentários acerca de alguns antecedentes históricos.

Cesare de Baccaria, quando da obra *Dos delitos e das penas* de 1764, já demonstrou extrema preocupação com o princípio da proporcionalidade, em análise do Direito Penal. De igual modo, bem antes disso, o princípio da proporcionalidade tem um aspecto remoto lançado na Magna Carta de 1215. Verifica-se que alguns autores sustentam que o princípio da proporcionalidade estaria enraizado já no pensamento de Aristóteles quando afirmava que *o justo é proporcional*.

Em se tratando da Magna Carta de 1215, início do século XIII, época em que vigorava o regime feudal, tal instituto surge com a finalidade de limitar os poderes do rei e, esse fato, a nosso ver, é a abertura de uma nova era. Afinal, em uma observação histórico-jurídica percebemos o início de um movimento social, político e jurídico que tinha por finalidade a limitação do poder do soberano por meio de um documento. Doutrinadores denominam esse fato como constitucionalismo.

Não se desconhece acerca do constitucionalismo antigo, no qual a doutrina reconhece um movimento já na antiguidade até o século V. O fato é que após a outorga da Magna Carta de 1215 surgiram uma série de garantias de direitos ao povo inglês.

O constitucionalismo moderno surge, no século XVIII, nas Revoluções Liberais-Burguesas, com os três grandes movimentos político-sociais Inglês, Americano e Francês, com a estabilização do *Bill of Rights* em 1689, da Constituição Norte-Americana em 1787 e a Constituição Francesa de 1791.

Kildare Gonçalves Carvalho aponta que o Constitucionalismo “consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do Direito e não do mero poder” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 487).

José Luiz Quadros de Magalhães salienta que

[...] o constitucionalismo nasceu liberal (logo, não democrático) com o objetivo de limitar o poder do Estado frente aos direitos de homens, brancos, proprietários e ricos. A liberdade individual, fundada na propriedade privada, passa a ser a essência do novo ordenamento jurídico. Constitucionalismo significa segurança, e segurança é expressa no constitucionalismo pela busca de estabilidade econômica e social por meio da pretensão de permanência da constituição (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O estado plurinacional e o direito internacional moderno. Curitiba: Juruá, 2012, p. 46-47)

Portanto, verifica-se que o constitucionalismo surge para que haja uma segurança social com a finalidade de limitação do arbítrio do poder estatal. Afinal, o maior violador de direitos de um povo é o Estado.

Ocorre que mesmo com tal segurança e finalidade de limitação do arbítrio do poder estatal, o Nazismo se utilizou da lei, frustrando qualquer sensação de segurança e violando significativamente direitos fundamentais. Por conta disso, surge o neoconstitucionalismo, ao final da Segunda Guerra Mundial, momento que traduz como fruto do pós-positivismo.

O neoconstitucionalismo traz amplitude no que tange a maior eficácia de direitos e garantias fundamentais. Salienta-se que o neoconstitucionalismo tem como base a estrutura do constitucionalismo, ou seja, impõe limite ao poder estatal.

Esse limite ao poder estatal é um verdadeiro trunfo para a análise da admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu, afinal, diante do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, que estariam intrínsecos no devido processo legal, a prova ilícita pode ser utilizada para a absolvição do acusado. Por certo, o “*status libertatis*” prevalece sobre a proibição/vedação da prova ilícita. Ocorre que esse fato não significa dar uma carta branca ao acusado com a finalidade de cometimento de crime para que se possa provar a inocência.

Verificamos, em tópico anterior, que para a admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu, o crime não pode ser mais grave do que o imputado; o crime não pode ser contra a vida (art. 5º, CF), a vida não pode ser sacrificada pela liberdade; e o crime não pode ser de tortura, afinal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos definiu que a proibição da tortura tem caráter absoluto (caso Pollo Rivera x Peru, 21.10.16).

Por certo, não existem direitos fundamentais absolutos, em que pese o caráter dado no caso Pollo Rivera x Peru pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O caráter absoluto em direitos fundamentais não é tema desta dissertação, todavia, consigna-se que os tribunais superiores, por diversas vezes, mitigam direitos fundamentais, inclusive, por meio do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova sendo o meio pelo qual se evidencia um fato e a finalidade de se estabelecer a verdade e certeza do que se alega em um processo, faz com que seja um instrumento pelo qual se forma o conhecimento do magistrado que irá absolver ou acusar um réu.

Os meios de prova são todos aqueles elementos que o magistrado se vale, como visto, prova testemunhal, documental, pericial etc. Por certo, os meios de obtenção de prova são aqueles que restringem direitos fundamentais com o objetivo de se buscar a verdade em determinada persecução penal, como visto, interceptação telefônica, busca e apreensão etc.

Todos os meios de prova e meios de obtenção de prova possuem suas peculiaridades.

Pelo ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que o ônus da prova incumbe a quem alega a existência do fato, assim, o Ministério Público quando acusa alguém deve provar a acusação e o acusado provar as alegações que fizer no processo. Nesse ponto, somos adeptos à teoria de Gustavo Badaró, o qual assevera que a defesa não possui o ônus de provar, basta que haja dúvida razoável na alegação feita.

Como verificado, prova ilícita é aquela a prova produzida com desrespeito à regra de direito material. Já a prova ilegítima é a prova produzida com desrespeito à regra de direito processual.

Percebe-se da leitura do artigo 5º, LVI da Constituição Federal e do artigo 157 do Código de Processo Penal, a noção imediata de uma taxatividade. Todavia, surge a seguinte indagação: não haveria qualquer tipo de exceção? E se as provas ilícitas pudessem beneficiar o réu? Seria possível estabelecer uma proporcionalidade entre o direito processual à vedação do uso das provas ilícitas e o direito material à defesa? O que seria sopesado? Qual seria a razoabilidade em negar o uso de uma prova ilícita com o fim de assegurar um direito maior a liberdade do indivíduo?

E foi nesse sentido que esta dissertação se pautou.

A questão é que mesmo existindo a vedação de admissibilidade da prova ilícita, verificam-se exceções, principalmente, quando há o *status libertatis* “em xeque”. Ou seja, não se trata de uma regra absoluta, afinal, nenhuma regra ou princípio no ordenamento jurídico brasileiro poderia ser considerado como absoluto.

A Constituição Federal estabelece a inadmissibilidade da prova ilícita, todavia, também estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana e vários outros direitos e garantias fundamentais que, por vezes, acabam se colidindo.

Nesse conflito, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, em função orientadora, traduz uma base para que se pondere os direitos em conflito e verifique a melhor interpretação e aplicação de outros princípios e normas com a finalidade de alcançar a justiça e os objetivos da Constituição.

A admissibilidade das provas ilícitas mediante o princípio da proporcionalidade comporta outra discussão, que é a aplicação desta teoria apenas a favor do réu, ou se poderiam aceitar, também, a favor da sociedade.

Em nossa concepção, utilizar o princípio da proporcionalidade a fim de admitir a prova ilícita a favor da sociedade não se mostra adequada, uma vez que o constitucionalismo se traduz em limitar os abusos do poder estatal e o neoconstitucionalismo, fruto do pós-positivismo, em trazer maior eficácia aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, não haveria alcance à justiça e aos objetivos da Constituição caso admitíssemos o uso da prova ilícita em malefício ao réu. Outrossim, o jus puniendi é altamente agressivo e devastador, ou seja, a acusação tem total poder para buscar as provas lícitas necessárias e verificar se há crime ou não. Em nosso sentir, caso a prova de que há o cometimento de um crime seja descoberta por meio ilícito, a valoração de tal seria de um indício e, por óbvio, haveria a possibilidade de apuração por meio da persecução penal.

De uma maneira geral, restou comprovado que a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro não é absoluta e pode ser relativizada por meio do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, sendo que tal princípio pode fazer com que outros princípios constitucionais e processuais penais prevaleçam sobre o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, afinal, conforme visto, o status libertatis prevaleceria sobre a vedação e, assim, o réu para provar sua inocência poderia utilizar provas ilícitas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011;

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**, 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

ARISTÓTELES, **Da justiça**. In: Livro I (livro V da *Ética a Nicômano*). Obra jurídica. São Paulo: Ícone, 1997.

AVENA, Norberto. **Processo Penal: esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha**. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora DPJ, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada**. 6 ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2004, p. 372-373

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Letteratura italiana Einaudi. Edição de referência: a cura di Renato Fabietti. Milano: Mursia Editore, 1973. Disponível em: <http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. [20--?]. E-book. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17^a ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Coleção: Ciência criminal contemporânea. Vol. 1. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 3 jan. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 3 out. 1941. [1941a]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 09 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 24 out. 1941. [1941b]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. **Exposição de motivos da parte especial do Decreto-lei nº 2848** de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 dez. 1940b. Diário das Leis. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 30 abr. 2021. [2021a]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 148.215/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 20/04/2010**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7644291&num_registro=200901852220&data=20100510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag em Resp 915373/ES**, DJE 26.06.17, Relator Ministro Nefi Cordeiro.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 372615/15**, Relator Ministro Jorge Mussi, DJE 10.02.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 292800-SC**, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJE 10.02.17.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 81060**. Jorge Mussi. Dje 12.05.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 54650/RJ**. Felix Fischer. DJe 15.05.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 398613/RJ**. Jorge Mussi. DJe 28.06.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp 1581047/RS** – Min. Jorge Mussi. DJe 07.06.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp 1629753/RS**. Min. Maria Thereza – DJE 15.12.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 160662/RJ**. Assuste Magalhães – DJE 17.03.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 59414/SP** – Reynaldo Soares da Fonseca. DJe 03.08.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 265842-MG**, Nefi Cordeiro, DJe 01.09.16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1373356-BA**, Rogério Schietti, DJe 28.04.17.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 301488-MT**, Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 06.09.16

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1630097/RJ**, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 28/04/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 378.374/MG**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 30/03/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 342.512/PR**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 29/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 43/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdãos, 05 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf> >. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 4023**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 31-08-2016 PUBLIC 01-09-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 116931**, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015) 07.05.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 3922** AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 29-02-2016 PUBLIC 01-03-2016)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus n. 93050/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 1º de agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 131158-RS**, Edson Fachin, DJe 14.09.16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 127900/AM** – Dias Toffoli. DJ e 03.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **ADPF 444**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 07 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **HC 154237** AGR/PA Rel. Min. Rosa Weber, DJe 18 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 421** QO-SP, Joaquim Barbosa, DJe 04.02.11.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Curso de processo penal, 18 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

_____. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Milenium Editora, 2008.

_____. **A flexibilização no processo penal**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Tipicidade e sucedâneos de prova**. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Provas no processo penal – estudo comprado. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal**. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide

de (coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. Prefazione di Norberto Bobbio. 11.ed. Bari: Editori Laterza, 2019.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à Crítica. Princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

GOMES, Flávio Luiz. **Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade**. 2008, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>>. Acesso em 12 ago. 2022.

GOMES, Luiz Flávio, **A prova no processo penal – comentários à Lei nº 11.690/2008**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**, Imprensa: Rio de Janeiro, Forense Unviersitária, 1998.

_____. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. V. 1. Niterói: Editora Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de Processo Penal Didático**, São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 3 ed, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2009;

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: sexta série**. São Paulo: Saraiva, 1997;

_____. **Temas de direito processual: quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Processo Penal**, 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

_____. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUVOLONE, Pietro. **Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto**. Rivista di Diritto Processuale, 1966.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

PACHECO, Denílson Feitosa. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos técnicos científicos conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)**. 3. ed. rev. atual. / Elaboração: Roziane do Amparo Araújo Michielini e Fabiana Marques de Souza e Silva. Belo Horizonte, 2019.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 3ª ed., Campinas, Livraria do Advogado, 1999.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para você que acredita em verdade real, um abraço**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/limite-penal-voce-acredita-verdade-real-abraco>, acesso em 18/08/2022.

_____. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. Imprensa: Lisboa, Rei dos Livros, Empório do Direito, 2015.

_____. **Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction**. 3 ed. ampl. e rev. – Florianópolis: EMais, 2018.

_____. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 1. Ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>, acesso em 18/08/2022.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009